

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS**

SIMONE BORTOLINI

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DO DIREITO À VIDA**

CAXIAS DO SUL

2021

SIMONE BORTOLINI

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DO DIREITO À VIDA**

Monografia apresentada no Curso de
Direito da Universidade de Caxias do Sul,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito

Orientador: Professor Doutor Alexandre
Cortez Fernandes

CAXIAS DO SUL

2021

SIMONE BORTOLINI

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DO DIREITO À VIDA**

Monografia apresentada no Curso de
Direito da Universidade de Caxias do Sul,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito

Orientador: Professor Doutor Alexandre
Cortez Fernandes

Aprovado em .../.../....

Banca Examinadora

Prof. Doutor Alexandre Cortez Fernandes
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof.
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Prof.
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Dedico esse trabalho a Força Suprema que me conduz diariamente na busca dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois dele emana toda a sabedoria;

Agradeço aos meus pais pelo bem maior que é a vida;

Agradeço a minha avó Joana (*in memoriam*) que ainda na minha infância identificou minha inclinação ao Direito e a quem pude proporcionar uma morte digna, evitando a obstinação terapêutica, ainda quando eu sequer imaginava um dia estar pesquisando sobre esse tema;

Agradeço ao meu filho Kauã, por estar presente nessa trajetória ousada, me auxiliando, me compreendendo e me motivando diariamente;

Agradeço ao Professor Orientador Alexandre Cortez Fernandes por ser uma referência de sabedoria, dedicação e comprometimento, a quem admiro desde o “*prezinho*” (Disciplina de Direito Civil I). Agradeço pela generosidade em me aceitar como orientanda nessa caminhada, cujo tema despertou-me durante a disciplina de Sucessões;

Agradeço, em especial, a todos pacientes com os quais tive a oportunidade de aprender, sobre vida e sobre morte, ao longo desses dezoito anos que atuo como enfermeira emergencista. A obstinação terapêutica sempre inquietou meu coração, pelo fato de acreditar que o sofrimento desnecessário não é compatível com a vida.

“Não é uma questão de morrer cedo ou tarde, mas de morrer bem ou mal. Morrer bem significa escapar vivo do risco de morrer doente.”

Sêneca

RESUMO

O presente estudo teve como problema de pesquisa a repercussão dos princípios da autonomia da vontade e do direito à vida na validade e eficácia do instituto das diretivas antecipadas de vontade, visto a ausência legislativa brasileira a respeito da temática. Os objetivos foram de identificar qual a repercussão desses princípios para validar e efetivar a elaboração dos respectivos documentos, uma vez que possibilitaria ao paciente o cumprimento da sua vontade, no caso de estar incapacitado para manifestá-la. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica da produção científica do direito, de normas e resoluções, de artigos científicos e de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, através de pesquisa de palavras-chave, sem determinar período. Apresentou-se a experiência legislativa e prática de Portugal acerca das diretivas antecipadas de vontade como estudo comparado, devido à referência da norma legislativa portuguesa para o projeto normativo brasileiro. Verificou-se, de acordo com a hipótese principal da pesquisa, que é possível a manifestação da vontade sob a forma do testamento vital e do mandato duradouro fundamentada nos princípios da autonomia da vontade e o direito à vida. Evita-se a distanásia e promove-se uma terminalidade amparada na dignidade humana.

Palavras-chave: autonomia da vontade; dignidade da pessoa humana; diretivas antecipadas de vontade; direito comparado.

ABSTRACT

The present study had as a research problem the repercussion of the principles of autonomy of will and the right to life on the validity and effectiveness of the institute of advance directives of will, given the absence of Brazilian legislation on the subject. The objectives were to identify the repercussion of these principles to validate and carry out the preparation of the respective documents, as it would enable the patient to fulfill his/her wishes, in case he/she is incapable of expressing it. The methodology used was the bibliographical research of the scientific production of law, norms and resolutions, scientific articles and judgments rendered by the Court of Justice of Rio Grande do Sul and by the Court of Justice of São Paulo, through search of words- key, without determining period. The legislative and practical experience of Portugal regarding the anticipated directives of will was presented as a comparative study, due to the reference of the Portuguese legislative norm to the Brazilian normative project. It was verified, according to the main research hypothesis, that it is possible to manifest the will in the form of a living will and a lasting mandate based on the principles of autonomy of will and the right to life. Dysthanasia is avoided and terminality supported by human dignity is promoted.

Keywords: autonomy of will; dignity of human person; advance directives of will; comparative law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| Art. | Artigo |
| CC | Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990) |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| CEM | Código de Ética Médica |
| CFM | Conselho Federal de Medicina |
| CJF | Conselho da Justiça Federal |
| CPB | Código Penal Brasileiro (Decreto – Lei nº 2.848, de 7/12/1940) |
| DAV | Diretivas Antecipadas de Vontade |
| EUA | Estados Unidos da América |
| MPF | Ministério Público Federal |
| PSDA | <i>Patient Self Determination Act</i> |
| RENTEV | Registro Nacional do Testamento Vital |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| UTI | Unidade de Terapia Intensiva |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS A UMA MORTE DIGNA | 13 |
| 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA | 13 |
| 2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À DIGNIDADE DA MORTE | 22 |
| 3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DA PERSONALIDADE | 29 |
| 3.1 EXPRESSÃO DA AUTONOMIA NA IMPLEMENTAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE | 29 |
| 3.2 TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO | 38 |
| 4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO PORTUGUÊS | 44 |
| 4.1 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA DOCTRINA, LEGISLAÇÃO, E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA | 44 |
| 4.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO PORTUGUÊS | 55 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 58 |
| REFERÊNCIAS | 62 |
| ANEXO | 70 |

1 INTRODUÇÃO

Ao nascer com vida, a pessoa adquire sua personalidade civil, bem como os direitos, as obrigações e os deveres a ela inerentes. Esse conjunto de direitos e deveres é amparado por um princípio fundamental trazido pela perspectiva constitucionalista que é o da dignidade da pessoa humana, visto da importância da proteção da pessoa humana em seus mais variados contextos.

Diante da importância e da proteção trazida pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo busca analisar a repercussão dos princípios do direito à vida e da autonomia da vontade na validade e eficácia do instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), visto a ausência legislativa em relação ao tema em nosso ordenamento. O referido instituto tem como propósito permitir que o indivíduo possa exercer seu direito de personalidade em conjunto com a proteção dos princípios constitucionais, ao desejar um morrer digno, fundamentado na autonomia da tomada de decisão acerca da própria morte e da morte sem sofrimento.

Observa-se a repercussão do tema, visto que o desenvolvimento tecnológico médico, proporcionou o surgimento de importantes avanços nos centros médico-hospitalares, que, dentre outros feitos, acabaram por possibilitar o prolongamento da vida humana, ainda que muitas vezes associadas ao sofrimento. Dessa forma, busca-se compreender se as internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTI), bem como a implementação de tratamentos invasivos, devam ser impostas a todos os pacientes, ou se seria possível ao paciente buscar alternativas que visem a qualidade de vida, com o suporte médico adequado, nessa fase de terminalidade.

As DAV surgem nesse cenário como uma alternativa para o paciente. Foram introduzidas no Brasil no ano de 2012, através da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Seu objetivo é permitir que o paciente possa expressar seus desejos acerca dos cuidados e tratamentos que quer ou não se submeter, de maneira antecipada, no caso de ser acometido por patologia grave ou incurável que o incapacite de expressar sua vontade.

O instituto das DAV surgiu em 1969 nos Estados Unidos a partir de um modelo de documento criado pelo advogado Luis Kutner, que considerava legítima a recusa de tratamento que pudesse estender a vida do paciente diante de quadro irreversível. Diante da repercussão, foi aprovada em 1990 a primeira lei federal estadunidense que reconheceu o direito decisório do paciente. A partir de então, vários países legislaram

a respeito do assunto, como Argentina, Uruguai, Colômbia, Itália e Portugal, dentre outros.

Elegeu-se, para fins de direito comparado analisar a temática das DAV da República Portuguesa, visto da proximidade cultural, advinda do período de colonização, bem como a afinidade legislativa do substitutivo do Projeto de Lei do Senado 149/2018 (ANEXO) com a norma portuguesa já positivada, através da Lei nº 25/2012, e em especial quanto a criação do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

Busca-se dessa forma, identificar a repercussão dos princípios do direito à vida e da autonomia da vontade na validade e eficácia do instituto das DAV. Para tanto, elencaram-se como hipóteses de pesquisa: se as DAV seriam uma forma de proteção da vida no sentido de se evitar a distanásia e a obstinação terapêutica; se o direito à vida estaria fundamentado nos princípios constitucionais e nos princípios bioéticos; a necessidade do cumprimento dos requisitos do art. 104 do CC para validar as DAV; se havia a possibilidade de fundamentação legal e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro visto da ausência legislativa do tema.

Para desenvolver o presente estudo utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica da produção científica do direito, de normas e resoluções e de artigos científicos relacionados ao tema. Foram analisados julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir de pesquisa por palavras-chave, sem determinação de período, visto da limitação acerca da quantidade de julgados. Em relação ao direito comparado, analisou-se a legislação vigente em Portugal acerca do instituto abordado na pesquisa, bem como a sua implementação na prática.

Estruturou-se o estudo em três capítulos, contemplando cada um uma temática acerca das DAV. No primeiro capítulo são destacados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida sendo também apresentados os direitos da personalidade. No segundo capítulo são apresentadas as DAV, seu conceito, origem e formas de manifestação através do testamento vital e do mandato duradouro. No terceiro capítulo é desenvolvido um estudo acerca das normas jurídicas, julgados e posicionamento dos tribunais a respeito das DAV, sendo contemplada também, uma revisão da norma portuguesa e implementação do referido instituto no País.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS A UMA MORTE DIGNA

Eleger em 15 de novembro de 1986, uma Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de elaborar uma nova Carta Constitucional, marcou o reingresso do Brasil no rol dos países democráticos. Dessa forma, foi consagrado pelo constituinte de 1988, como fundamento do Estado brasileiro, o homem e sua dignidade, observados no art. 1º, inciso III, da CF/88, e no seu preâmbulo. Ainda, além de consagrar demais direitos, cuidou-se da tentativa de abolir direitos e garantias individuais, através da técnica das cláusulas pétreas, apresentadas no art. 60, § 4º do texto constitucional (BARCELLOS, 2020).

Com o intuito de fundamentar o instituto das DAV, sob a ótica dos princípios constitucionais e direitos da personalidade, será apresentada a seguir uma análise doutrinária e legal dos respectivos tópicos.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA

A Constituição caracteriza-se como o instrumento político-jurídico de maior relevância na organização social, sendo sua superioridade hierárquica reconhecida, uma vez que as influências históricas provocaram ao longo do tempo, profundas alterações no seu conteúdo e caracteres (LEAL, 2003).

Para Moraes (2018), no preâmbulo de uma Constituição constam as intenções do diploma, com a respectiva origem e legitimidade do novo texto, bem como a proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. No nosso Direito Constitucional, o preâmbulo é uma tradição, sendo que nele constam os antecedentes e o enquadramento histórico da CF/88, suas justificativas, seus objetivos e finalidades.

Devido ao período histórico vivenciado, diferentemente de todas as Constituições brasileiras anteriores, a CF/88, ocupou-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA 2009).

Assim, resultou a CF/88 no âmbito político de um pacto formado entre os cidadãos e sua respectiva realidade, possibilitando que os princípios possam

desempenhar aspectos relevantes nessa nova conjectura, visto que podem ser tidos como reflexos dos valores supremos eleitos pelos homens (LEAL, 2003).

Moraes (2018) explicita que no Título II, a CF/88 traz os direitos e garantias fundamentais (gênero), subdivididos em cinco capítulos (espécies), ou seja, os direitos individuais e coletivos; os direitos sociais; a nacionalidade; os direitos políticos e os partidos políticos. A classificação dos direitos fundamentais é apresentada pela doutrina como primeira, segunda e terceira gerações, de acordo com a ordem cronológica em que foram reconhecidos constitucionalmente.

A teoria das gerações de direitos foi elaborada pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak em 1979, sendo sua obra difundida pelo jurista italiano Norberto Bobbio. A teoria foi inspirada nos ideais da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, a partir dos quais foram organizadas as três gerações de direitos (OLIVEIRA, 2016).

Em relação à categorização dos direitos humanos, Mazzuoli (2021) reporta que essas são realizadas de acordo com os fundamentos históricos que tenham inspirado sua criação. Com o passar do tempo, os direitos humanos foram agregando mais características e atingindo por sua vez mais pessoas e/ou grupos de pessoas que antes não eram destinatários desses. Houve uma mutação na proteção desses direitos levando à teorização das gerações ou categorias, contudo uma geração posterior não substitui a anterior.

Na primeira geração de direitos, de acordo com Oliveira (2016), estão os direitos que nasceram a partir das revoluções liberais do século XVIII, em especial as declarações de direitos norte-americanas. Caracterizam-se pelo valor da liberdade podendo ter diversos desdobramentos como: liberdade de comércio, de expressão, de consciência, de reunião, de associação, de crença e religião, dentre outros. Impuseram a abstenção do Estado na seara individual.

Barroso (2020) enfatiza que esses direitos são ligados à autonomia privada e à autonomia pública. Incluem o rol, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal o direito de votar e ser votado.

São direitos de primeira geração os direitos civis e políticos. Classificam-se como direitos civis: o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, à igualdade formal e demais liberdades específicas, enquanto que os direitos políticos referem-se à possibilidade de participar de pleitos políticos (OLIVEIRA, 2016).

Como segunda geração de direitos são apresentados os direitos que se consolidaram com o Estado social em virtude da industrialização, lutas contra desigualdades e reação ao avanço do socialismo. Incluem as liberdades sociais com os direitos de greve e de sindicalização e os direitos trabalhistas. Buscam a igualdade material (BARROSO, 2020).

Oliveira (2016) complementa que os direitos de segunda geração, surgiram dos movimentos dos trabalhadores da segunda metade do século XIX e das mudanças sociopolíticas ocorridas nos primeiros anos do século XX, como a Revolução Bolchevique na Rússia (1917) e as Constituições do México (1917) e de Weimar na Alemanha (1919). O valor é a igualdade, seja material, de condições de vida e de trabalho das classes mais desamparadas. Incluem-se os direitos econômicos, sociais e culturais. Impõem e demandam a ação estatal através de políticas públicas de educação, saúde, moradia, dentre outras.

Em relação aos direitos de terceira dimensão, incluem-se os direitos de solidariedade e de fraternidade, que foram reconhecidos após o evento da Segunda Guerra Mundial. Destina-se a proteção de grupos humanos como sendo direitos de titularidade coletiva ou difusa (OLIVEIRA, 2016).

Ainda, para Barroso (2020), os direitos de terceira geração implicam em direitos que são usufruídos pela sociedade como um todo, incluindo a proteção do meio ambiente, o patrimônio histórico, o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos.

Quanto aos direitos humanos de quarta geração, Mazzuoli (2021) reporta que estes resultaram da globalização dos direitos fundamentais fruto da sua expansão e da abertura de fronteiras. Incluem o rol desses direitos, o direito a democracia, à informação e ao pluralismo. Esses são fundamentais para a concretização da sociedade do futuro, bem como das relações de convivência.

Discussões relacionadas ao o início e a terminalidade da vida, além da manipulação genética e biotecnologia, inserem-se no rol dos direitos humanos de quarta dimensão, uma vez que implicam o respeito aos preceitos éticos e jurídicos (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Compreendem-se essas gerações de direitos, doutrinariamente, levando-se em conta a base na evolução histórica pela qual o constitucionalismo ocidental teve acesso. Pode-se fazer uma leitura em relação a essa evolução, ou seja, inicialmente desenvolveram-se os direitos nos planos civis e políticos, em seguida os direitos

econômicos, sociais e culturais, passando-se aos direitos que visam a proteção dos direitos do meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade (MAZZUOLI, 2021).

Reportando-se aos direitos e garantias fundamentais, Jacintho (2008) aduz que a dignidade humana foi inserida no nosso sistema como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo um dos seus pilares. Assim, a maioria dos princípios e regras encontrados na Carta Maior remetem-se direta ou indiretamente à dignidade humana.

A CF/88, no art. 1º, inciso III, elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República. Esse princípio também é invocado por outros países na sua Carta Magna, além de também ser estabelecido pela Unesco, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, no art. 3º, onde estabelece que devem ser respeitados na sua totalidade a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

A supremacia da CF/88 tem seu início nos princípios fundamentais, tendo no seu centro a dignidade da pessoa humana. Não constituem apenas critérios de interpretação, mas normas constitucionais determinantes no sistema jurídico brasileiro. Caracteriza-se como um verdadeiro super-princípio constitucional, ou seja, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, preenchendo-o de racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2018).

De acordo com Antunes Rocha (2001), os desastres humanos das guerras, em especial aos fatos ocorridos no campo de concentração de Auchwitz, trouxeram a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, designando o princípio da dignidade humana como princípio matriz do direito contemporâneo. Foi necessário estabelecer anticorpos jurídicos com o propósito de se evitar situações semelhantes ao holocausto. Como o poder é inerente a sociedade política, buscou-se no Direito, o direito fundamental à vida digna, sendo limitado assim o exercício do poder, que tanto pode criar como destruir.

Note-se que a dignidade da pessoa humana é um conceito basilar, uma conquista da humanidade visto que, desde seus tempos mais primórdios, como na antiguidade clássica e depois na cultura judaico-cristão, vem fundamentando os documentos mais importantes na contemporaneidade. Após a II Guerra Mundial (1939-1945), com a perda de milhares de vidas humanas, a humanidade buscou a união

através da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovando a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta traz no preâmbulo o reconhecimento da dignidade inerente a todos humanos, com direitos iguais e inalienáveis, sendo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

Sarlet (2007) reconhece a dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, tornando-se um elemento que não pode ser removido do ser humano, visto que o qualifica como tal. Precisa ser compreendida como atributo integrante e irrenunciável da própria condição humana. Deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não sendo possível ser criada, concedida ou retirada, embora possa ser violada. Ainda, a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito, mas esse poderá exercer um papel crucial na sua proteção e promoção, visto que cuida do valor próprio da natureza do ser humano. Antunes Rocha (2001) atribui que toda pessoa é digna, sendo essa característica singular, fundamental e insubstituível. É própria da condição do ser humano qualificando-o nessa categoria, colocando-o acima de qualquer indagação.

Para Maluf (2011), a CF/88 ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, buscou não só preservar, mas acima de tudo promover a dignidade da pessoa humana, sendo esse um macro princípio do constitucionalismo contemporâneo presente na maioria das Cartas Constitucionais atuais. Entende-se, ainda, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana abraça o princípio bioético da autonomia, através do qual é garantida a liberdade consciente de decidir, de optar.

O indivíduo é considerado o principal ator nas relações bioéticas e jurídicas, devendo ser respeitado segundo a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Será livre para decidir sempre que sua responsabilidade individual puder ser considerada e sua conduta individual respeitar a autonomia dos demais. Ainda, aqueles que não são capazes de exercer sua autonomia devem ser protegidos através de medidas especiais, garantindo seus direitos e interesses (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Para Mattos (2006), essa é a fase da constitucionalização do sistema jurídico como um todo que visa estabelecer pela CF/88, uma ideia de estabilidade do sistema jurídico onde os direitos fundamentais tutelam a vida e a liberdade.

A dignidade na condição de valor intrínseco do ser humano permite ao indivíduo o direito de decidir de maneira autônoma sobre seus projetos relativos à sua existência

e a sua felicidade, devendo ser respeitado na sua condição humana caso a autonomia possa lhe faltar ou não puder ser atualizada (SARLET, 2007).

Reportando-se ao direito à vida, Diniz (2014) enfatiza que o mesmo é essencial ao ser humano condicionando os demais direitos da personalidade. A CF/88 no art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, garantindo a integralidade existencial. Considera-se a vida como um bem jurídico, sendo tutelada como direito fundamental básico desde a concepção. É objeto de direito personalíssimo e possui natureza *erga omnes*.

Ainda, a vida é o bem supremo da existência, prevalecendo sobre todos os demais direitos existentes. Da sua proteção, emana todo o rol de direitos e deveres dos homens sejam oriundos das leis, dos códigos morais, dos costumes ou da ética (MALUF, 2020).

De acordo com Barroso (2010), no plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, de acordo com uma ordem natural é o direito à vida, sendo o centro de debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna.

O direito à vida é um direito de primeira dimensão e é considerado o principal direito humano, visto que dele depende o gozo de todos os demais direitos. Dele decorre o valor atribuído a cada vida humana, justificando assim o fato de o homicídio ser considerado crime desde os primórdios das civilizações. No corpo do art. 5º, da CF/88, o direito de viver ou de estar vivo, apresenta como corolários: a proibição da pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada; o direito de viver dignamente com a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Gouvêa e Deval (2018) alegam que a dignidade humana possibilita o reconhecimento de outros direitos fundamentais, que não estão consagrados constitucionalmente, pois o rol não tem caráter taxativo. Dessa forma, o princípio da dignidade humana atua como uma cláusula aberta, respaldando o surgimento de novos direitos, como o direito de morrer.

Antunes Rocha (2001) aduz que é possível observar a dignidade sob dois vieses, na postura na vida e na postura na convivência. Assim, tem-se a referência acerca da dignidade na morte, no processo que a ela é conduzido e no procedimento que é adotado diante do sofrimento que a precede. De acordo com a experiência

vivenciada pelo indivíduo, nesse processo, se avalia se a vida é justa ou injusta, de acordo com o que o homem suporta com dignidade.

Quanto à dignidade na morte, por muitos séculos, a morte era esperada no leito, era familiar e próxima. As pessoas faleciam de causas como epidemias, acidentes, guerras, patologias cardíacas ou neurológicas, dentre outras. Hoje, a morte é vista como algo a ser negado, algo vergonhoso. Procura-se ocultar a verdade ao doente, como se o mesmo não deveria saber que o seu fim se aproxima. Assim, a ocorrência do evento morte acabou por sofrer um deslocamento, não se morre mais em casa, junto aos entes queridos, mas sozinho em leitos de UTI, como sendo um fenômeno técnico (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

O adiamento do evento da morte relaciona-se com o avanço da tecnologia médica, despertando um certo fascínio por parte dos pacientes, familiares e profissionais de saúde. Já a morte em si, tornou-se distante, silenciosa e solitária. É vista como um fracasso, não é digna, pois perde-se a batalha, ocorre a derrota. Já quando o paciente consegue sobreviver é um guerreiro, mas se piora seu quadro clínico passa ser um perdedor (KOVÁCS, 2014).

Atualmente, as discussões jurídicas relacionadas ao chamado direito de morrer encontram-se materializadas nos institutos da eutanásia, do suicídio assistido, da ortotanásia, da distanásia e da mistanásia (DADALTO, 2020).

De acordo com Lippmann (2013), a eutanásia pode ser conceituada como a realização do óbito por um terceiro praticada a pedido do paciente. Embora proibida no Brasil, já é aceita em outros ordenamentos jurídicos.

Considera-se a eutanásia um ato ilícito, sendo tipificada como crime de homicídio pelo Código Penal Brasileiro (CPB), de acordo com o art. 121. Dessa forma, não é possível que o paciente portador de doença terminal e incurável escolha a eutanásia como forma de terminar com a própria vida, visto que, a partir do consentimento do paciente é executada por terceiros (RODRIGUES, 2021).

Já o suicídio assistido é uma abreviação da vida realizada pela própria pessoa que é portadora de uma doença grave, incurável ou terminal diferentemente, portanto, do suicídio patológico. Para realizar o feito, o paciente conta com a ajuda de outra pessoa, que pode ser o médico ou não, que lhe fornece os meios para que possa por si mesma encurtar sua vida (DADALTO, 2020).

Caracteriza-se por ser um ato praticado pelo próprio paciente com doença grave e/ou terminal, onde o mesmo coloca fim em sua vida com o auxílio de um

terceiro. É conduta tipificada no CPB, no art. 122, considerando-se crime, pois atenta contra o direito à vida que é bem indisponível (RODRIGUES, 2021).

Países como a Holanda, Bélgica e Luxemburgo que já legalizaram a eutanásia, também o fizeram para o suicídio medicamente assistido no mesmo dispositivo. No Canadá, práticas como a eutanásia e o suicídio assistido foram descriminalizados na mesma decisão pela Suprema Corte, sendo nomeadas como morte medicamente assistida. Já a Colômbia manteve a criminalização do suicídio assistido e a descriminalização da eutanásia, diferentemente da Suíça e de alguns estados americanos onde apenas o suicídio assistido é permitido legalmente (DADALTO, 2020).

Já, a ortotanásia para Diniz (2002), é o ato de permitir que a morte ocorra no momento certo, sem a antecipação ou o prolongamento desproporcionado, mediante ações que suspendam medidas de suporte de vida como o desligamento de aparelhos que executam funções de órgãos que estão em falência.

A ortotanásia tem o objetivo de possibilitar ao doente um enfrentamento da sua terminalidade de forma digna e tranquila, visto que foca no cuidar e não no curar. Esse foi o propósito que moveu o então governador do Estado de São Paulo, Mário Covas, a sancionar a Lei nº 10.241/99, quando foi diagnosticado com câncer incurável (GOUVÊA; DEVAL, 2018).

A referida Lei trata dos direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo, e traz nos incisos XXIII e XXIV, o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários, objetivando o prolongamento da vida e o direito de escolher o local onde quer morrer, respectivamente. Reportando-se novamente ao político Mário Covas, este optou por permanecer junto aos seus familiares até seus últimos instantes.

Nesse sentido, em 2006, foi editada pelo CFM a Resolução nº 1.805/2006 que objetivou tratar da suspensão de tratamento médico em pacientes terminais com enfermidades graves e incuráveis. Seriam mantidos os cuidados e tratamentos necessários que visam o alívio dos sintomas e da dor, ao invés de submeter o paciente a tratamentos fúteis que não vão lhe proporcionar a cura da doença, mas apenas prolongar o seu sofrimento.

A Resolução acima, segundo Andrade (2019), objetiva assegurar a efetividade das garantias estabelecidas na CF/88, em especial à dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III e a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou

degradante, conforme art. 5º, inciso III do mesmo diploma. Mas esse não foi o entendimento do Ministério Público Federal (MPF), que questionou a norma, defendendo que o direito à vida é bem indisponível, e que a resolução seria inconstitucional por afrontar o direito à vida. Inicialmente, o dispositivo foi suspenso por antecipação de tutela e, em seguida, a Procuradoria Geral da República manifestou entendimento que a ortotanásia não constitui crime de homicídio. Foi reconhecida a permissão para se interromper tratamentos a pedido do doente em estado terminal de saúde.

Nesse sentido, olhar a morte pelo viés da ortotanásia possibilita ao doente e aos seus familiares enfrentar a morte não como a doença a ser curada, mas como algo que faz parte da própria vida, visto que já se encontra numa fase irreversível da doença (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

Reportando-se ao instituto da distanásia, o mesmo refere-se ao prolongamento artificial da vida sendo também chamado de obstinação ou futilidade terapêutica, ou ainda, como tratamentos extraordinários. Seria o oposto da ortotanásia (DADALTO, 2020).

A distanásia passou a ser reconhecida como problema ético na medida em que o progresso tecnocientífico começou a interferir de forma decisiva nas questões referentes a fase de final de vida humana (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

Presente a distanásia, para Diniz (2002), tudo deve ser feito em relação a terapêutica do paciente, mesmo que lhe cause um sofrimento exacerbado. É a morte lenta, não objetiva prolongar a vida, mas o processo de morrer de pacientes acometidos de doenças incuráveis e terminais.

A distanásia pode ser entendida como prolongamento exagerado da morte de um paciente através do tratamento inútil a que o mesmo é submetido. Visando salvar a vida do paciente terminal, o mesmo é exposto a grande sofrimento, sendo que essa conduta não prolonga a vida, apenas o processo de morrer e a dor. Na Europa, é designada como obstinação terapêutica e como tratamento fútil nos Estados Unidos (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

Designa-se de tratamento fútil aquele que não alcança seu objetivo ou o do paciente; aquele que é ineficaz; aquele que não oferece um mínimo de qualidade de vida ou qualquer outro benefício; aquele que não tem a possibilidade de oferecer uma chance de sobrevivência (DINIZ, 2002).

A Resolução do CFM nº 2.156/2016, ao estabelecer os critérios de admissão e alta de pacientes em UTI, vem de encontro com a necessidade de se evitar a distanásia, quando elenca no art. 6º as cinco prioridades para internação na unidade. Assim, pacientes com doenças em fase de terminalidade ou moribundos, sem perspectivas de recuperação, estão incluídos na última categoria. O ingresso desses pacientes na UTI não é apropriado, salvo de houver a possibilidade de ser um potencial doador de órgãos ou a justificativa, em caráter excepcional, do médico intensivista. Ainda, de acordo com o art. 8º da referida Resolução, os pacientes classificados como prioridade 5, devem ser admitidos, preferencialmente em unidades de cuidados paliativos.

Já, a mistanásia, de acordo com Pessini (2004), seria uma morte miserável que ocorre antes do tempo. É possível que ocorra em três momentos distintos: quando o doente não consegue ingressar no sistema de saúde; quando o paciente se torna vítima de erro médico e quando o paciente é vítima da má prática por motivos econômicos, sociais, políticos e científicos.

Ainda, a mistanásia pode ocorrer devido à dificuldade de acessar o sistema de saúde, ou no caso de haver esse acesso o mesmo ser negligenciado, vindo a ser a morte o desfecho, de forma precoce e miserável (DADALTO, 2020).

De acordo com Pessini (2004), a mistanásia por omissão de socorro estrutural é a modalidade mais presente nos países denominados de terceiro mundo. Ocorre devido à ausência ou precariedade de serviços de saúde, além de outros fatores como condições inadequadas de moradia e saneamento básico, não acesso a água potável, desemprego e fome, dentre outros. Observa-se que essa omissão não ocorre apenas nas fases avançadas ou terminais das doenças, mas durante todo o ciclo vital podendo ocasionar precocemente a morte.

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À DIGNIDADE DA MORTE

A tutela jurídica dos direitos da personalidade existe desde a Antiguidade, ocorrendo punições às ofensas físicas e morais à pessoa tanto em Roma como na Grécia. Com o Cristianismo, houve o despertar para que esses direitos fossem reconhecidos, devido a ideia de fraternidade universal. No tempo Medieval, a Carta Magna da Inglaterra (século XIII), admitia direitos próprios do ser humano. A

Declaração dos Direitos de 1789 impulsionou a defesa dos direitos individuais, a valorização da pessoa humana e liberdade de cada cidadão. Mas, foi após a Segunda Guerra Mundial devido às agressões causadas à dignidade da pessoa humana, que houve a conscientização da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico (DINIZ, 2014).

O conjunto de direitos denominados direitos da personalidade é oriundo do trabalho de juristas europeus, especialmente a partir da segunda metade do século XIX. Recente também é a sua previsão nos códigos civis modernos, visto que, devido as influências da doutrina liberal, o direito civil preocupava-se com o patrimônio, sendo os direitos da personalidade deixados de lado (ZANINI, 2011).

Bittar (2015) considera como direitos da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas próprias projeções junto à sociedade. Estão previstos no ordenamento jurídico com o propósito de defender os valores inatos no homem como a vida, a integridade física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra e a intelectualidade, dentre outros.

Para Beltrão (2005), uma das principais inovações do Código Civil brasileiro foi a inclusão em seu texto dos direitos da personalidade, seguindo modelo apresentado pelos Códigos Português e Italiano, valorizando a pessoa e suas conquistas. Sua compreensão é fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o atual CC disciplina os direitos da personalidade na parte introdutória do respectivo texto, mais especificamente, na Parte Geral, dos direitos da personalidade que inicia no art. 11º e finda no art. 21, do respectivo diploma (BITTAR, 2015).

O CC dedicou um capítulo exclusivo para os direitos da personalidade, objetivando a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos protegidos constitucionalmente, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra e à liberdade pessoal. Assim, personalidade é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas (MALUF, 2011).

Desse modo, o direito da personalidade é um direito essencial da pessoa humana, constituindo um conjunto de bens que são exclusivos do indivíduo, chegando até mesmo a confundir-se com o mesmo, visto que expressam a manifestação da personalidade do próprio sujeito (BELTRÃO, 2005).

De acordo com Bittar (2015), esses direitos são denominados direitos da personalidade se examinados sob a ótica do Direito Civil, enquanto que recebem a

nomenclatura de direitos fundamentais quando o enfoque ocorre sob o relacionamento com o Estado, quando positivados no ordenamento jurídico. Seriam os mesmos direitos, mas sob análises diferentes: de um lado são as pessoas em relação às demais e de outro são as pessoas diante do Estado. Ainda, no campo do Direito Internacional, esses direitos são tratados como direitos humanos; já para o Direito Constitucional, são designados como direitos fundamentais. Assim, sempre que forem apreciados sob o prisma das relações privadas, com o foco no Direito Civil, esses direitos serão designados de direitos da personalidade.

A personalidade é um atributo jurídico, sendo possível a todo homem desempenhar na sociedade um papel jurídico como sujeito de direitos e obrigações. Assim, a ordem jurídica admite duas espécies de pessoas, as naturais e as jurídicas. As pessoas naturais ou físicas são os seres humanos. As pessoas jurídicas são as associações, as sociedades e as fundações. No entanto, é na capacidade de ser titular de direitos e obrigações que a personalidade é avaliada, pois influencia na capacidade de agir (GOMES, 2019).

Preceitua o art. 1º do CC que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Dessa forma, todas as pessoas, indistintamente, possuem aptidão para figurar nas relações jurídicas, adquirindo direitos e contraindo deveres. Segundo a doutrina essa seria a capacidade de direito ou de gozo, enquanto que a capacidade de fato refere-se à possibilidade de a pessoa exercer por si os seus direitos. Assim, a capacidade de possuir direitos não se confunde com a capacidade de exercer os direitos (TEPEDINO; OLIVA, 2021).

Determina o CC, art. 2º, como termo inicial da personalidade humana o nascimento com vida, ressalvados desde a concepção, os direitos do nascituro. Já, a personalidade da pessoa natural finda com a sua morte, por expressa disposição do CC art. 6º. Considera-se como o momento da morte aquele do encerramento da atividade cerebral, ainda que outros sistemas vitais não tenham cessado, sendo mantidos através do suporte artificial de vida (TEPEDINO; OLIVA, 2021).

Ao examinar a personalidade, duas questões são observadas, de acordo com Gomes (2019): a sua existência e duração assim como o de sua individualização. A existência coincide normalmente com a duração da vida humana, iniciando com o nascimento e terminando com a morte (real ou presumida). Enquanto que a individualização da pessoa consiste em particularidades que, no conjunto, identificam

a pessoa, como: o nome, o estado (posição na sociedade como indivíduo) e domicílio (lugar da sua atividade social).

Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2017) conceituam os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. São dotados das seguintes características: são absolutos, são gerais ou necessários, são extrapatrimoniais, são indisponíveis, são imprescritíveis, são impenhoráveis e são vitalícios.

Pelo fato dos direitos da personalidade se caracterizarem pela intransmissibilidade, os mesmos não podem ser objeto de cessão ou de sucessão, pois expressam a personalidade do seu titular, impedindo que sejam adquiridos por terceiros. Ainda, são irrenunciáveis, pois a pessoa não pode dispensar de seus direitos, uma vez que são inseparáveis da personalidade humana. Em razão do seu caráter essencial, grande parte dos direitos da personalidade podem ser tidos como originários, visto que nascem com a pessoa. Caracterizam-se ainda por serem imprescritíveis, e quando omissos no seu exercício, não os tornam extintos (BELTRÃO, 2005).

Os direitos da personalidade podem ser classificados em categorias de acordo com a proteção que realizam: vida e integridade física (corpo vivo, cadáver e voz); integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade e segredo); integridade moral (honra, imagem e identidade pessoal) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

No entanto, existem outras formas para categorizar os direitos da personalidade, podendo ser classificados de uma forma mais flexível, no sentido de possibilitar a inclusão de novos direitos, caso venham a surgir. Dessa forma, seriam agrupados como: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais (BITTAR, 2015).

Beltrão (2015) elenca como os direitos físicos da personalidade, com os componentes materiais da própria estrutura humana, ou seja, a integridade física como um todo: órgãos, membros e imagem. Como direitos psíquicos os que constituem os elementos intrínsecos da pessoa: a liberdade, a intimidade e o sigilo. Já os direitos morais, correspondem aos atributos de valor da pessoa, como a identidade, a honra e o intelecto.

Quanto à integridade física, essa compreende a higidez do ser humano, mantendo-se a integridade corporal e intelectual e repelindo-se as lesões que possam

causar malefícios ao funcionamento fisiológico do corpo humano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Bittar (2015) reporta que os artigos 13º, 14º e 15º do CC, contemplam os direitos físicos da personalidade, ou seja, direito à vida, ao corpo e as partes do corpo. Desse modo, o art. 15º estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que apresente risco de vida.

Preconiza-se que o art. 15º do CC deva ser lido de modo a garantir autonomia do paciente, sendo indispensável a obtenção do consentimento informado ou qualificado do paciente, o qual pressupõe o pleno esclarecimento quanto aos riscos do tratamento, prognósticos, natureza da intervenção, justificativa, objetivos, contraindicações, duração, bem como eventual existência de método alternativo. Se faz necessário que o paciente compreenda todas as informações prestadas (TEPEDINO; OLIVA, 2021).

Ainda, em relação ao artigo supracitado, o mesmo abrange uma grande problemática relacionada com a ética médica, com o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos. Partindo-se do contexto que todo procedimento cirúrgico pode apresentar risco de vida, há a necessidade da autorização do paciente ou de seu representante para a realização da cirurgia. O consentimento também se faz necessário para tratamentos e medicamentos experimentais, que ainda não foram aprovados pelos órgãos responsáveis (VENOSA, 2021).

Beltrão (2005) pondera que o indivíduo tem o direito de recusar tratamento médico que possa lhe causar alguma violação a sua integridade física, colocando em risco sua vida. Ressalta, porém, que o paciente também precisa estar informado e consciente dos riscos caso não realize o tratamento ou a cirurgia que lhe foram indicados.

Entre os direitos físicos da personalidade, o direito à vida é bem maior na esfera natural e jurídica, visto que todos os demais direitos se fazem presentes em virtude da sua existência. Inicia com a concepção, com a condição de nascer com vida, permanecendo integrado a pessoa até que ocorra a sua morte, de acordo com critérios estabelecidos pela medicina (BITTAR, 2015).

Nesse sentido, o direito à vida, é conceituado como o direito mais precioso do ser humano, que sintetiza e concentra em si todos os demais direitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Todavia, o aspecto da indisponibilidade do direito à vida caracteriza o mesmo como um direito à vida e não como sendo um direito sobre a vida. Neste sentido, é ineficaz qualquer declaração de vontade do seu titular que implique no seu cerceamento, pois não se pode ceifar uma vida humana, mesmo sob consentimento. Entende-se que o indivíduo não viva apenas para si, mas para todo um grupo social, devendo neste sentido contribuir para o progresso geral da coletividade (BITTAR, 2015).

Caso contrário, ocorreria um atentado contra a ordem pública, visto que a pessoa não pode renunciar seu direito de viver, atentando contra os princípios gerais do direito à vida (BELTRÃO, 2005).

No Brasil, de acordo com a CF/88 a única limitação ao direito à vida, ocorre em relação à pena de morte em virtude de guerra declarada, conforme art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” (LÔBO, 2021).

O direito à vida embasa os demais direitos da personalidade, visto o seu caráter essencial ao ser humano. Esse direito é assegurado na CF/88 no art. 5º, no que diz respeito à inviolabilidade da vida. À vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental, desde a concepção (MALUF, 2020).

Contudo, o direito de viver não é antagônico ao direito de morrer, visto que compreendem, na verdade, duas dimensões de um mesmo direito (RIBEIRO, 2006).

Em verdade, uma vez constatada a irreversibilidade do quadro clínico do paciente, não se faz necessário prolongar a vida, uma vez que não há benefícios para o doente, a não ser o prolongamento da dor e do sofrimento. Não se promove a morte, mas sim a vida, no sentido de permitir ao paciente usufruir da companhia de familiares e amigos (BELTRÃO, 2005).

Diante do exposto, observa-se que este pode ser um dos maiores desafios da bioética e do biodireito, indo de encontro com o direito da morte digna, respeitando a vontade da pessoa que se encontre num estágio incurável, irreversível, amputada da sua qualidade de vida e na estrita dependência de terceiros (SILVA, 2016).

Em virtude do direito à vida, assim como dos demais direitos da personalidade serem irrenunciáveis, torna-se incompatível o consentimento à ato contra a mesma. No sistema jurídico brasileiro não é permitida a antecipação da morte, visto do princípio do direito à vida. Outrossim, não é considerada antecipação ou violação do direito à vida, quando se deseja uma morte natural, ou seja, a ortotanásia, nos casos

onde a mesma é mantida de forma artificial através do uso de aparelhos e de tratamento medicamentoso (LÔBO, 2021).

Para os atentados contra a vida, no plano civil, as sanções mais adequadas encontram-se no âmbito da teoria da responsabilidade civil, por meio do ressarcimento de danos, tanto no plano de cunho moral como no plano patrimonial (BITTAR, 2015).

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DA PERSONALIDADE

O desejo de protelar o evento da morte pode submeter o paciente a obstinação terapêutica através da prática da distanásia, principalmente se estiver incapacitado de realizar suas escolhas acerca do tratamento que deseja ou não se submeter.

Assim, de acordo com Saldanha (2017), a evolução tecnológica permite a criação constante de novas alternativas e métodos para tratamentos médicos. Todavia, essas práticas podem vir a contribuir para a ocorrência da distanásia.

Sá e Moureira (2015) enfatizam que a obstinação terapêutica acaba por prolongar o sofrimento do enfermo e da sua família, sendo justificável apenas se não ferir a dignidade do viver e do morrer.

A busca do direito à morte digna vai de encontro com a possibilidade de o paciente manifestar sua vontade, garantindo um projeto individual de vida e de morte dignas. Inserem-se nesse cenário o testamento vital e o mandato duradouro como espécies do gênero de documentos de manifestação de vontades, ou seja, das DAV (DADALTO, 2020).

Dessa forma, com o intuito de implementar a autonomia do paciente acerca do direito à morte digna serão analisadas e elencadas as possibilidades de realização das DAV através do testamento vital e mandato duradouro.

3.1 EXPRESSÃO DA AUTONOMIA NA IMPLEMENTAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A ética biomédica tem experimentado, ao longo dos anos, mais precisamente, desde a época de Hipócrates, uma notável continuidade das suas tradições, fato que passou por mudanças a partir da metade do século XX. O desenvolvimento científico, tecnológico e social que ocorreu durante esse período provocou mudanças importantes nas ciências biológicas e nos cuidados à saúde (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Os notáveis avanços da medicina, para Diniz (2002), associados com a tecnologia sofisticada e com os modernos aparelhos, permitiram a ampliação da vida

do paciente terminal prolongando sua angústia, trazendo-lhe mais agonia que vida. A instituição da distanásia eleva os custos das despesas e agrava os sofrimentos físicos e psíquicos do paciente, familiares e demais envolvidos nesse contexto.

Dessa forma, não é possível que se privilegie apenas a dimensão biológica do ser humano, às custas da qualidade de vida do indivíduo. A obstinação terapêutica aplicada a pacientes terminais não pode encontrar guarida no Estado Democrático de Direito. A implementação do tratamento fútil tem como resultado uma gama imensa de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo ou para seus familiares. Justifica-se o prolongamento da vida se puder oferecer a pessoa algum benefício, desde que esse não lesione a dignidade do viver e do morrer (SÁ; MOUREIRA, 2015).

Pessini (2001) apresenta o posicionamento do Papa Pio XII, no discurso sobre as Implicações Morais da Analgesia de 24 de fevereiro de 1957, onde explicitou sua rejeição quanto à eutanásia, mas enfatizou a importância do uso de analgésicos para controlar a dor como forma de garantir o respeito pela dignidade e pela autonomia da pessoa durante o processo de morrer. Em relação à autonomia, arguiu que o indivíduo não deve fugir das suas reponsabilidades para consigo e para com os demais apenas pelo motivo de estar próximo da morte.

Ainda, o Papa Pio XII, no discurso supracitado, afirmava que ninguém deve ser obrigado a curar-se com terapias arriscadas, excepcionais, temíveis ou dolorosas. Soma-se a essa mensagem os dizeres do Papa João Paulo II, publicados no Documento pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé em junho de 1980, quando explicita que ninguém pode obrigar ao outro a utilizar recursos, mesmo que sejam de uso comum, que possam lhe causar riscos ou sofrimento. Não equivaleria ao suicídio a referida recusa, mas sim a uma aceitação da própria condição humana, bem como do desejo de não receber tratamentos que não correspondem aos resultados (DINIZ, 2002).

Observa-se que o respeito pela autonomia do doente é fundamental, sendo necessário honrar seu direito de saber a realidade sobre seu quadro clínico, de acordo com sua possibilidade de assimilar os fatos, além de possibilitar que possa decidir sobre seu tratamento em conjunto com os profissionais da saúde. Valores éticos como a justiça, solidariedade, beneficência e não maleficência devem ser levados em conta nessa relação. São possibilidade fáticas o direito de não ser abandonado, direito ao tratamento paliativo, direito a não ser tratado como objeto, não ter sua vida prolongada

ou encurtada segundo conveniências da família ou equipe médica (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012).

O direito à informação é assegurado constitucionalmente, de acordo com Sá e Moureira (2015) no art. 5º, inciso XIV. O paciente tem o direito de conhecer seu diagnóstico, tratamento e prognóstico. Cabe ao profissional médico conduzir de forma clara e tranquila essa relação, fundamentada nos princípios de solidariedade, beneficência e não maleficência.

Em relação aos princípios bioéticos, Leite (2017) reporta que esses surgiram nos Estados Unidos da América (EUA) a partir da promulgação do Relatório de Belmont em 1978. Três princípios foram identificados no referido relatório: respeito pela pessoa, beneficência e justiça.

O Relatório de Belmont foi de extrema importância, visto que apresentou um novo olhar ético para a abordagem dos problemas envolvidos nas pesquisas com seres humanos. Tornou-se uma declaração principialista clássica, não apenas no sentido da pesquisa com seres humanos, mas para a bioética como um todo. Possibilitou a realização de uma análise não apenas a partir da letra de códigos e juramentos, mas a partir dos três princípios apresentados com seus respectivos procedimentos e consequências (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 2012).

Quanto ao princípio do respeito pelas pessoas, Leite (2017) aponta que devem ser observadas duas possibilidades: os indivíduos devem ser tratados como seres autônomos e caso a autonomia esteja atenuada, devem ser submetidos a proteção; a utilização do consentimento informado para participar de pesquisas, desde que voluntariamente. Em relação a beneficência, essa é expressada através de ações que não causem dano, que maximizem benefícios e que minimizem possíveis prejuízos. Pelo princípio bioético da justiça, traduz-se a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios.

Todavia, os princípios não são diretrizes de ação precisas que indicam como agir em circunstâncias específicas, assim como o fazem as regras. Pelo contrário, são diretrizes gerais que permitem um espaço considerável para um julgamento em casos específicos, permitindo uma orientação para que sejam desenvolvidas regras e políticas mais detalhadas. Espera-se que seja assumida a reponsabilidade pela forma como os princípios são empregados no sentido de auxiliar no julgamento de casos concretos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Nascendo a partir do Relatório de Belmont, a obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, *Princípios da ética biomédica*, foi de fundamental importância para o desenvolvimento da bioética. Foram introduzidos os quatro princípios básicos da autonomia, beneficência, justiça e não maleficência, passando a corresponder a um importante movimento cultural relativo às ciências da vida (MALUF, 2020).

Enquanto que o Relatório de Belmont contemplava apenas as questões éticas relativas à pesquisa com seres humanos, Beauchamp e Childress desenvolveram uma teoria ética que contemplou além das experimentações com seres humanos, ou seja, a prática médica e assistencial. Os autores acrescentaram o princípio da não maleficência aos três princípios do Relatório de Belmont. Tinham por objetivo oferecer uma estrutura onde fosse possível realizar o julgamento moral e auxiliar na tomada de decisões dos profissionais da saúde e da sociedade como um todo, em relação as necessidades dos doentes e feridos (LEITE, 2017).

De acordo com Beauchamp e Childress (2002), os princípios da ética biomédica foram classificados em quatro grupos: respeito pela autonomia no sentido da capacidade de tomar decisões das pessoas autônomas; não maleficência, para prevenir a ocorrência de danos; beneficência, para ponderar os benefícios entre riscos e custos; justiça, normas que distribuem os benefícios, os riscos e os custos de maneira justa. Entretanto, os princípios da beneficência e não maleficência sempre desempenharam seus papéis na ética biomédica, enquanto que o respeito pela autonomia e justiça foram negligenciados ao longo do tempo, porém estão destacando-se atualmente.

Para Maluf (2020), o princípio da autonomia valoriza a vontade do paciente, ou dos seus representantes, observando seus valores morais e religiosos. Reconhece o paciente como responsável sobre a própria vida, devendo ser respeitada sua intimidade. É a capacidade de atuar sem qualquer coação ou influência externa.

Por outro lado, Diniz (2002) reforça que a autonomia científica deverá ser posta de lado quando o bem que estiver em jogo for o direito de outrem, pois a pessoa humana tem prioridade sobre os interesses da ciência e está somente terá sentido se estiver a serviço da humanidade.

Tom Beauchamp e James Childress foram os grandes precursores dos ideais acerca da autonomia como sendo uma modalidade de resolução de conflitos morais na saúde. Trazem em sua obra a importância do respeito à autonomia individual como tema central da Bioética (BORCHART; PRUDENTE, 2018).

Pelo princípio da autonomia, compreende-se que todos são autodetermináveis e autossuficientes para realizar suas escolhas acerca da prática de um determinado ato. Dessa forma, não se admite que terceiros assumam seu lugar e tentem impedir a manifestação da sua vontade, visto que cada um é autogovernável. Tratando-se da relação entre médico e paciente ou de seu representante, cabe aos profissionais da saúde respeitar a vontade, as crenças e os valores morais de seus assistidos (PEIXOTO, 2018).

Por princípio da beneficência, Maluf (2020) compreende ser a efetivação do atendimento dos profissionais da saúde prestados ao paciente. Decorre da tradição hipocrática de que o médico, em especial, deve oferecer apenas tratamentos para o bem do enfermo, objetivando seu bem estar e evitando danos ao mesmo.

O referido princípio vem sendo implementado ao longo dos tempos, desde a Antiga Grécia. É possível identificar nos trechos do juramento de Hipócrates a presença dos princípios da Bioética e, em especial, da beneficência, onde o profissional médico ao fazer os votos compromete-se em aplicar os regimes para o bem do paciente, segundo seu entendimento, com o propósito de nunca causar dano ou mal a alguém. O princípio também é contemplado no Código de Ética Médico (CEM) no capítulo III que trata da responsabilidade do médico, no art. 1º (PEIXOTO, 2018).

Beauchamp e Childress (2002) questionam se o respeito a autonomia deveria ser prioritário em relação a beneficência profissional, no sentido das obrigações do médico de prestar informações ao paciente, de buscar o consentimento, de manter a confidencialidade e a privacidade, ou se essas obrigações estariam fundamentadas na beneficência. Todavia, não há na ética biomédica nenhum princípio absoluto. Assim, a partir da beneficência, tem-se a meta e o fundamento da medicina e da assistência à saúde, enquanto que a autonomia estabelece os limites morais das ações dos profissionais no sentido de buscar esse objetivo.

O princípio da não maleficência caracteriza-se por primar pela deferência e completude do ser humano como formas de lhe garantir a dignidade, sendo aplicada como uma norma cogente, visto que obriga os médicos a não causarem danos aos seus pacientes. Também é considerado um princípio de tradição hipocrática, onde tem como obrigação não causar o dano, enquanto que a obrigação de evitar o mal, evitar o dano e fazer o bem são características do princípio da beneficência (PEIXOTO, 2018).

Maluf (2020) observa que o princípio da não-maleficência implica na obrigação de não acarretar dano intencional à saúde do paciente, enquanto que o princípio da justiça objetiva a imparcialidade dos riscos e benefícios da prática médica realizada pelos profissionais da área da saúde, evitando a discriminação.

Dessa forma, para Peixoto (2018), o princípio da justiça contempla a responsabilidade, o comportamento, o relacionamento interpessoal com o paciente, o acesso aos sistemas de saúde e aos tratamentos disponíveis. Inclui o desenvolvimento de políticas públicas que objetivem possibilitar maior acesso e qualidade, além do atendimento de forma a perfectibilizar os princípios da universalidade, equidade e integralidade.

A expressão do princípio da autonomia é concretizada através de um procedimento que possibilita que uma pessoa dotada da sua capacidade possa escrever instruções para profissionais da saúde ou para um responsável, acerca das decisões sobre tratamentos de suporte de vida que possam ser necessários durante períodos de incapacidade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Dadalto (2020) demonstra as possibilidades que o paciente dispõe para o exercício da autonomia frente a tomada de decisões relativas aos cuidados de saúde que deseja ou não ser submetido: modelo do julgamento substituto, modelo de pura autonomia e modelo dos melhores interesses.

No modelo de julgamento substituto, as decisões relativas a tratamentos pertencem ao paciente incapaz ou não-autônomo, devido aos direitos à autonomia e à privacidade. Nesse caso, o paciente tem o direito de decidir, mas é incapaz de exercer sua vontade, assim um terceiro substituto deve ser indicado. Recomenda-se que esse modelo seja usado apenas para pacientes que já foram capazes, onde haja motivos para crer que se decida da mesma forma que o paciente o faria. Entretanto, deve ser rejeitado para pacientes que nunca foram capazes, visto que não há autonomia envolvida (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

O modelo de julgamento substituto, para Dadalto (2020), é instrumentalizado na procuração de cuidados de saúde, ou seja, no mandato duradouro onde o paciente nomeia um procurador para tomar decisões em seu lugar quando se tornar incapaz.

O modelo da pura autonomia é aplicado para pacientes que já exerceram sua autonomia expressando decisões e preferências autônomas. Assim, é possível que as decisões autônomas prévias das pessoas capazes sejam respeitadas no momento da sua incapacidade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Nesse modelo, o paciente pode expressar previamente sua vontade e será a partir dessa orientação que as decisões relativas aos cuidados de saúde serão tomadas. Esse modelo é aplicado integralmente no testamento vital (DADALTO, 2020).

A terceira possibilidade refere-se ao modelo dos melhores interesses, onde um decisor substituto deve optar entre o maior benefício entre possibilidades disponíveis. Tem-se a obrigação de maximizar os benefícios protegendo o bem-estar de outra pessoa avaliando-se os riscos e os benefícios dos diversos tratamentos, bem como de suas alternativas. Devem ser levados em conta a dor e o sofrimento, a perda ou restabelecimento de funções e, principalmente a qualidade de vida. Esse modelo é adequado para pacientes que nunca foram capazes e para pacientes anteriormente capazes, mas que não deixaram de forma clara e confiável suas preferências (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Buscando a implementação da autonomia, surgiu nos EUA em 1967 a idealização de um documento que pudesse registrar a vontade do indivíduo. Foi proposta pela *Euthanasia Society of America*, com o nome *living will*, mas foi o advogado Luis Kutner, em 1969, que organizou suas premissas bem como o seu modelo no trabalho: "*Due process of euthanasia: the living will, a proposal*". Considerou nessa obra a legitimidade da recusa de tratamento que estendesse a vida do paciente em quadros incuráveis ou irreversíveis, de acordo com o direito à privacidade do doente (MONTEIRO; SILVA JÚNIOR, 2019).

Neste sentido, Dadalto (2020) enfatiza que buscar o reconhecimento e a garantia dos direitos dos pacientes em fim de vida é um dos pilares da bioética contemporânea. Após o surgimento dessa temática nos EUA, esses direitos têm sido gradativamente reconhecidos e tutelados, sendo a manifestação de vontade uma das principais formas de garantir essa tutela, por meio das DAV.

Um fato importante, conhecido como caso Karen Ann Quinlan, foi de fundamental importância para a evolução dos debates relacionados ao direito de morrer. A moça ingressou na UTI do *Hospital Sta. Clare de Denville, de New Jersey*, EUA já em estado comatoso devido a ingestão de drogas e álcool. Foi necessário estabelecer uma via aérea avançada e conectá-la a um respirador. Após a realização de exames neurológicos em diversas situações e por neurologistas diferentes, constatou-se a irreversibilidade do quadro clínico, sendo que a paciente permaneceria em estado vegetativo permanente (PESSINI, 2004).

Diante da situação, os pais de Karen solicitaram a retirada do respirador artificial, sob a justificativa que a sua filha dissera, em conversa, que não desejava permanecer viva caso precisasse ficar conectada a aparelhos. Inicialmente, a solicitação dos pais não foi aceita pelo médico responsável pelo caso e nem pelo hospital, sendo necessário judicializar a situação. O Tribunal de Nova Jersey não autorizou a retirada do respirador, chegando o caso à Suprema Corte Americana. Foi solicitado parecer ao Comitê de Ética do Hospital que confirmou o quadro de irreversibilidade. A Suprema Corte Americana foi favorável à retirada dos aparelhos, sobrevivendo Quinlan mais nove anos após a remoção, nunca saindo do estado vegetativo. Questionou-se se a expressão da vontade, fora do contexto da doença teria validade para a tomada de decisão (MONTEIRO; SILVA JÚNIOR, 2019).

Para Ribeiro (2006), as situações onde o paciente se torna incapaz de tomar decisões, como nos estados de inconsciência, justificam o surgimento dos testamentos vitais e das diretivas antecipadas de vontade. Seriam esses instrumentos de manifestação de vontade para o futuro, indicando a aceitação ou a recusa em relação aos tratamentos e assistência médica.

Diante da repercussão cada vez maior, de situações como a do caso Quinlan, foi observada a necessidade de uma norma reguladora para o país, vindo a ser aprovada em 1990, nos EUA o *PSDA - Patient Self Determination Act*, como a primeira lei federal que reconheceu o direito do paciente à autodeterminação. Seu objetivo é informar o público em relação as diretivas, bem como incentivar seu uso, buscando uma resolução de conflitos éticos que derivam da retirada ou da ausência de tratamento em situações irreversíveis (MONTEIRO; SILVA JÚNIOR, 2019).

Nesse sentido, o instituto das DAV é produto do direito estadunidense. Foram introduzidas pelo *PSDA*, trazendo em seu conteúdo as DAV, como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécies o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro) (DADALTO, 2013).

Sá e Moureira (2015) reportam que a experiência estadunidense é avançada, pois o texto normativo referente ao *PSDA* entrou em vigor em 1º de dezembro de 1991, ou seja, já conta com quase três décadas. O texto em análise reconheceu a autonomia do paciente, inclusive para a recusa de tratamento médico. Ao ser admitido nas instituições de saúde, o paciente realiza o registro referente as suas opções e

objeções quanto a tratamentos em caso de incapacidade superveniente, são as diretivas de antecipadas, previstas na *PSDA*.

Silva (2016) conceitua as DAV como as instruções elaboradas antecipadamente por uma pessoa maior e capaz, acerca dos tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar, numa determinada situação futura em que se encontre incapacitada de transmitir as suas próprias decisões.

Através das *advance directives*, o paciente pode antecipar suas decisões caso venha, posteriormente, tornar-se incapacitado. É possível expressar a vontade por meio de três possibilidades: o *living will* ou testamento em vida, estabelece os tratamentos médicos indesejados no caso de inconsciência ou estado terminal, versam geralmente sobre recusa de intubação e de ressuscitação; o *durable power of attorney for health care* é o mandado duradouro, onde um representante decide e toma providencias relativas ao paciente, e *advanced core medical directive* reúne as disposições do testamento vital e do mandato duradouro, sendo um documento mais completo, voltado para enfermos em estado terminal (SÁ; MOUREIRA, 2015).

As DAV fundamentam-se mais na autonomia que na não maleficência, possibilitando que uma pessoa capaz escreva instruções para os profissionais da saúde ou escolha um responsável que venha a tomar decisões sobre futuros tratamentos de suporte de vida que possam ser necessários caso venha a se tornar incapaz. Ambos são exercícios plenos de autonomia (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Ribeiro (2006) esclarece que o respeito à autonomia e à autodeterminação pessoal é a base para a suspensão de esforço terapêutico dos profissionais dos serviços de saúde, ou seja, não iniciar ou suspender uma terapia já iniciada, não realizar a ressuscitação em caso de parada cardiorrespiratória, não introduzir via aérea avançada, não estabelecer alimentação e hidratação. Para tanto, essas decisões devem estar manifestadas nas DAV.

Dadalto (2013) apresenta as principais situações clínicas onde as DAV podem ser aplicadas: na doença terminal, onde existe uma patologia irreversível e incurável; o estado vegetativo persistente, quando ocorre a inconsciência de si e do ambiente, não havendo vida de relação e para as demências avançadas com prognóstico de recuperação neurológica irreversível.

As DAV são implementadas através de documento escrito por pessoa capaz em que esteja em pleno gozo de suas capacidades, ou seja, lúcida, orientada,

coerente e consciente das decisões que irá tomar, bem como dos seus desdobramentos. Tem como objetivos manifestar a vontade em relação aos cuidados, tratamentos e intervenções de saúde que deseja ou não ser submetida quando estiver incapacitada. Ainda, caso o paciente, por algum motivo, não desejar manter o conteúdo das DAV pode revogá-las a qualquer momento, mas deve fazê-lo antes de se tornar incapaz, visto que no caso já terão entrado em vigor (MONTEIRO; SILVA JÚNIOR, 2019).

Assim, a materialização das DAV através do testamento vital ou mandato duradouro possibilita a escolha dos cuidados de saúde que o paciente deseja ou não, permitindo o exercício da autonomia e evitando que lhe seja imposta a obstinação terapêutica.

3.2 TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

As mudanças observadas com a modernidade acabaram por introduzir os conceitos de autonomia pessoal e coletiva nas relações que envolvem tanto a experimentação humana, bem como as relações entre médicos/profissionais de saúde e pacientes. Dessa forma, o testamento vital, espécie de DAV, é o documento que tem por finalidade expressar a vontade do paciente na sua terminalidade, esquivando-o da obstinação terapêutica, fruto do desenvolvimento biotecnológico presente no universo da medicina. Todo o aparato médico, associado a uma enorme gama de fármacos e de tratamentos tem a capacidade de postergar a vida humana, induzindo a questionamentos acerca do fato de se estar prolongando a vida ou o momento da morte (MALUF, 2020).

Nesse sentido, buscando a expressão da autonomia, as DAV podem ser implementadas de duas formas diferentes: por meio do testamento vital (*living will*) e do mandato duradouro (*durable power of attorney*). A primeira refere-se as diretrizes específicas relativas aos procedimentos médicos que devem ser implementados ou não em determinadas circunstâncias, enquanto que a segunda, refere-se à designação de um procurador ou responsável, para realizar em nome do signatário determinadas ações de seu interesse (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Dadalto (2020) define o testamento vital como o documento redigido por pessoa capaz, em pleno gozo de suas faculdades mentais objetivando fazer a disposição

sobre cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não ser submetida, caso se deparar com doença terminal ou incurável que lhe impossibilite de manifestar sua vontade.

De acordo com Maluf (2020), a qualidade de vida nos momentos finais do paciente é um dos principais objetivos para a elaboração de um testamento vital, somam-se a esse a melhor condução da doença, a possibilidade de delegar a terceiros a resolução de questões acerca da sua saúde na certeza da concretização de seus desejos e vontades.

O testamento vital, assim como as procurações duráveis, tem o condão de proteger os interesses do paciente, através do exercício da autonomia. Reduzem-se os fatores de estresse das famílias e dos profissionais da saúde que temem a tomada de decisões errôneas que podem, por sua vez, gerar problemas práticos e morais (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Assim, é imprescindível que o paciente, na sua terminalidade, seja assistido de maneira digna, conforme leciona Dadalto (2020), recebendo tratamentos e medidas de conforto que amenizem sua dor e sofrimento, de maneira a assegurar a qualidade de vida como um todo. Ainda, os tratamentos relacionados às medidas de conforto são próprios da abordagem paliativa e opõem-se aos tratamentos extraordinários que visam o prolongamento da vida sem perspectivas de reversibilidade do quadro clínico.

Godinho (2017) aduz que, uma vez constatada a terminalidade onde o morrer é um evento certo, esperado e iminente, as tentativas de cura se tornam desnecessárias. Compreende-se que, ao rejeitar tratamentos médicos considerados fúteis, não caracteriza o abandono do paciente a própria sorte, pelo contrário; visto que a implementação das práticas da ortotanásia e dos cuidados paliativos não objetivam a morte, mas, sim, a busca das melhores e mais benéficas medidas para conforto, alívio da dor e do sofrimento. Os cuidados paliativos não buscam a obsessão pela cura, embora sejam oponíveis a eutanásia, visto que não se trata de adiar ou acelerar a morte, mas respeitar o momento certo do último e inevitável ato de viver.

A implementação dos cuidados paliativos, por equipe multidisciplinar, tem como objetivo minimizar o sofrimento e preservar a qualidade de vida de pacientes portadores de doenças graves e incuráveis. O envelhecimento da população associado à sobrevivência de pacientes portadores de doenças crônicas, têm aumentado a procura de emergências hospitalares em situações agudas relacionadas a doenças em fase avançada. Informações incompletas ou ausentes, além da inexistência de

diretivas antecipadas acabam por corroborar para o estabelecimento de suporte artificial de vida em pacientes que não se enquadram nesse requisito, instalando-se em diversas situações a distanásia. Esses procedimentos poderiam ser evitados caso o paciente tivesse expressado sua vontade (VELASCO; RIBEIRO, 2021).

Maluf (2020) esclarece que o testamento vital difere do testamento civil, visto que esse é um instrumento por meio do qual o autor faz a disposição de seus bens, dívidas, institui obrigações, além de reconhecer filiação, passando o mesmo a ter validade após a morte do outorgante. Por outro lado, o testamento vital refere-se a um documento escrito, expressando a vontade do paciente acerca dos seus momentos finais de vida, quanto a sua submissão ou não a tratamentos médicos, no caso de ser acometido por doença grave ou incurável que lhe impeça de se manifestar.

O testamento vital diferencia-se em relação aos testamentos apresentados pela doutrina, visto que tem por finalidade produzir efeitos em vida do agente. Esse é denominado vital, biológico ou como diretivas antecipadas de vida ou de vontade e tem por objetivo estabelecer as disposições sobre cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais o agente deseja se submeter. Consiste numa antecipação de vontade, visto que tem por escopo a produção de efeitos quando aquele que o dispôs não mais puder exprimir de forma válida sua vontade. (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

As DAV nas modalidades do testamento vital e do mandato duradouro tem sua fundamentação legal no direito à autonomia pessoal do paciente, nos princípios bioéticos da beneficência, não maleficência e justiça; no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da CF/88; no art. 15º do CC que prevê que ninguém deve ser submetido a tratamento médico contra a sua vontade ou mediante risco de vida; na Resolução nº 1.805/2006 e Resolução nº 1.995/2012 ambas do CFM (MALUF, 2020).

No que tange ao testamento, esse representa, para Tartuce (2020), em sede de direito das sucessões, a forma pela qual é expressa a autonomia privada, tendo como instituto determinante a *mortis causa*, mas através desse ato de última vontade é possível ao testador manifestar outras questões da liberdade pessoal. É possível que o testamento tenha conteúdo não patrimonial, de acordo com o art. 1.857, § 2º, do CC, onde são consideradas válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

O testamento é um negócio jurídico personalíssimo e revogável, com o propósito de produzir os efeitos oriundos da vontade do testador, sempre de acordo com as disposições do ordenamento jurídico (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

Tartuce (2020) conceitua o testamento como um negócio jurídico unilateral e personalíssimo, com a possibilidade de revogação pelo testador, onde são dispostas as vontades de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, com efeitos após a sua morte. Exerce-se a autonomia da vontade nesse ato sucessório.

Embora o testamento vital e o mandato duradouro visem a proteção dos interesses de autonomia, é necessário observar algumas situações que possam dificultar o seu exercício: poucas pessoas conhecem ou redigem um documento deixando suas instruções de forma explícita; o responsável designado pode não estar disponível no momento necessário para tomar as decisões ou então pode estar incapacitado ou com conflitos de interesses; a possibilidade de mudar seus desejos e não mudar o documento escrito; a dificuldade de antever possíveis situações e experiências futuras acerca das possibilidades terapêuticas; a utilização de expressões genéricas que dificultam o entendimento dos profissionais no caso concreto (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Möller (2008) questiona a possibilidade de haver diferenças entre o indivíduo capaz e consciente que realizou escolhas acerca da sua saúde em determinado momento da sua vida, com aquele que agora encontra-se incapaz, inconsciente e inapto para manifestar-se. Como conduzir, no caso de diretrizes muito generalizadas ou vagas, a sua execução diante de um quadro clínico com situações específicas não previstas? Será que de posse de informações atuais sobre seu estado de saúde, o paciente teria mantido suas escolhas testamentárias acerca dos cuidados?

Para Beauchamp e Childress (2002), grande parte dos problemas apresentados acima podem ser solucionados através de documentos redigidos com cuidado, sendo necessário um aconselhamento especializado com orientações adequadas acerca das possibilidades médicas e das opções de tratamento ¹.

¹ Para ilustrar, cita-se o caso a seguir ocorrido nos EUA: a Senhora Y, de 55 anos, professora de línguas estrangeiras desenvolveu uma pneumonia aspirativa que exigiu internação em UTI. A patologia em questão foi causada por diminuição do reflexo relacionado a ânsia de vômito decorrente da esclerose múltipla da qual é portadora há 20 anos. Foi sugerido pela equipe médica, no intuito de prevenir outras situações iguais a essa, a sutura da epiglote e a realização de uma traqueostomia permanente. **O procedimento provocaria a perda da habilidade da fala, sendo essa a única interação com as pessoas, visto que permanecia acamada em decorrência da esclerose. A senhora Y declarou**

Quanto aos efeitos do testamento vital, Dadalto (2020) esclarece que o mesmo produz em regra efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, familiares do paciente e o procurador de saúde, quando houver. A doutrina impõe alguns limites ao testamento vital como a objeção de consciência do médico, disposições contrárias as aceitas no ordenamento jurídico, disposições aquém da indicadas na patologia do paciente ou ainda, de tratamento em desuso pela medicina.

O CFM estabeleceu critérios para a definição dos limites terapêuticos em caso de doenças terminais com a aprovação da Resolução nº 1.995/2012, onde o paciente pode definir conjuntamente com seu médico os procedimentos a serem adotados na fase terminal da doença. Essas definições e desejos podem ser objeto do testamento vital, além da realização ou não de determinados procedimentos, bem como o estabelecimento de um lapso temporal para a continuidade dos tratamentos (MALUF, 2020).

De acordo com o CEM, art. 28, é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos em lei, são contrários aos ditames da sua consciência. Dessa forma, diante do testamento vital, o médico pode recusar-se a realizar o desejo do paciente, desde que justificado, encaminhando o paciente aos cuidados de outro profissional. A eutanásia é a principal preocupação em relação as disposições contrárias ao ordenamento jurídico (DADALTO, 2020).

Para Ribeiro (2006), as DAV teriam quatro possibilidades para materializar-se: através de escritura pública em cartório; declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; declaração feita diretamente ao médico assistente, registrada no prontuário, com a respectiva assinatura do paciente e através da nomeação de um procurador para tomar decisões não incluídas nas diretivas.

Em relação ao procurador de saúde, o instituto do mandato duradouro pressupõe a constituição de um mandatário, ou seja, do procurador de cuidados de saúde, que recebe poderes expressos para agir como se fosse o paciente, seguindo as instruções que lhe foram transmitidas para decidir acerca dos tratamentos e cuidados que o próprio representado admite ou rejeita para si. O procurador atuará

que preferia morrer a não poder falar, mas devido a doença não foi considerada claramente capaz. Foi apresentado seu testamento vital, no qual dizia que não desejava ser mantida viva se não tivesse uma vida útil. Nesse caso, a irmã interpretou vida útil como a capacidade de se relacionar com outros através da fala. A equipe de saúde sentiu-se confortável em aceitar a escolha e não realizou o procedimento (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

intermediando a relação entre o paciente e a equipe de saúde, sendo que deverá seguir fielmente as instruções recebidas. É fundamental que o outorgante seja plenamente capaz, sendo seu consentimento manifestado de modo livre e de forma espontânea (GODINHO, 2012).

A procuração para cuidados de saúde, também chamado de mandato duradouro, segundo Dadalto (2020), é um documento onde são nomeados um ou mais procuradores pelo paciente, que deverão ser consultados pelos profissionais da saúde no caso de incapacidade do paciente. As decisões tomadas pelo procurador de saúde serão fundamentadas nos desejos e vontade do paciente.

O mandato duradouro é um instrumento semelhante a uma procuração, onde é estabelecido um procurador de saúde, para que em momento oportuno tome as decisões em nome do outorgante. Nesse documento, não consta a vontade antecipada do outorgante, apenas o nome do procurador (SALDANHA, 2017).

O art. 653 do CC estabelece que o mandato é constituído quando alguém recebe poderes de outrem para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses, sendo a procuração o instrumento para a efetivação do mesmo.

A procuração é o documento ou título, público ou particular, através do qual uma pessoa pode estabelecer quais são os poderes que outorga a outrem, com o objetivo de praticar atos ou administrar negócios de seu interesse. É o instrumento formal que delimita os poderes no mandato. A outorga de poderes ocorre através de uma declaração unilateral de vontade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO PORTUGUÊS

As DAV são uma modalidade de negócio jurídico de cunho existencial, onde a pessoa, detentora das suas capacidades de discernimento, realiza escolhas para serem implementadas num futuro onde estiver incapacitada para efetuar-las (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2017).

Ocorre que no Brasil inexistente um regramento sobre as DAV, o que difere em relação a outros países que já as legislaram, manifestadas pelo testamento vital ou pelo mandato duradouro (GODINHO, 2012).

Com o intuito de fundamentar juridicamente o instituto das DAV a partir do ordenamento jurídico pátrio, será apresentada, a seguir, uma análise detalhada acerca das bases legais para a sua realização, validade e eficácia. Apresenta-se, ainda, o entendimento jurisprudencial de dois Tribunais do País.

Em relação ao direito comparado elegeu-se a República Portuguesa, por ser um Estado Democrático, soberano, fundamentado na dignidade da pessoa humana. Observou-se a proximidade cultural, advinda do período de colonização, bem como a afinidade legislativa do substitutivo do Projeto de Lei do Senado 149/2018 com a norma portuguesa já positivada, especialmente quanto a criação do RENTEV.

4.1 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA DOCTRINA, LEGISLAÇÃO, E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Apesar na inexistência de norma jurídica específica acerca das DAV no ordenamento jurídico brasileiro é possível que através de uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais se alcance o aparato necessário para a defesa da validade do testamento vital, sendo esse o posicionamento dos tribunais (DADALTO, 2020).

Para Fernandes (2020), mesmo diante da ausência de um regramento específico na norma jurídica, não se observam vedações quanto a realização do testamento vital, visto da sua base legal-constitucional e civilista. No Brasil existem apenas normas deontológicas no âmbito da Medicina acerca do tema (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

Dadalto (2020) explicita que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da autonomia (princípio implícito no art. 5º) assim como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, inciso III) seriam os arcabouços que sustentam o instituto das DAV. O objetivo desse instrumento é possibilitar a expressão da autonomia do indivíduo para dispor sobre a aceitação ou a recusa de tratamentos que deseja ou não se submeter em situações de terminalidade, garantindo assim sua dignidade.

Ainda, de acordo com Ribeiro (2005), a suspensão de esforço terapêutico, também entendida como ortotanásia, está fundamentada na CF/88 através dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante; no art. 15º do CC, onde o paciente está autorizado a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei Orgânica de Saúde, Lei nº 8.080/90 art. 7º, inciso III, que reconhece a autonomia como um direito do paciente na defesa da sua integridade física e moral, quando estiver fazendo o uso de serviços de saúde públicos ou privados que integram o Sistema Único de Saúde.

Três Estados brasileiros legislaram a respeito dos direitos dos usuários de serviços de saúde: São Paulo, Minas Gerais e Paraná. A Lei nº 10.241/99, popularmente conhecida como “Lei Mário Covas”, promulgada pelo então governador Mário Covas assegura ao paciente, de acordo com os incisos XXIII e XXIV, respectivamente, a possibilidade de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários com o objetivo de prolongar a vida, além de escolher o local onde quer vir a falecer. Esses dispositivos também são contemplados pela Lei nº 14.254/03, art. 2º, incisos XXIX e XXX do Estado do Paraná, e pela Lei nº 16.279/06, art. 2º, inciso XX do Estado de Minas Gerais (DADALTO, 2020).

De acordo com a legislação civil, para que uma declaração de vontade seja válida, são necessários três requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível ou determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, de acordo com o art. 104 do CC, incisos I, II e III. Dessa forma, para que o testamento vital tenha validade, deve estar em consonância com a norma apresentada (PEIXOTO, 2018).

De acordo com o Enunciado 528, da V Jornada de Direito Civil, considera-se válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, o testamento vital, onde a pessoa estabelece as disposições quanto aos tipos de tratamentos de saúde que deseja ou não, no caso de encontrar-se incapacitada de manifestar sua vontade.

Em relação a forma, recomenda-se que as DAV sejam lavradas por escritura pública ou escrito particular, com a presença de duas testemunhas, sem prejuízo do que dispõe o art. 2º, § 4º, da Resolução nº 1.995/2012 do CFM, que prevê que o médico registrará, no prontuário do paciente, as DAV que lhes forem diretamente comunicadas (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

Observa-se que as DAV possuem eficácia contra terceiros, e, em nenhuma hipótese, o seu conteúdo pode atentar contra o ordenamento jurídico. Em relação ao mandato duradouro, este objetiva a nomeação de procuradores para os cuidados de saúde. Ao procurador será conferido os poderes de representação, na hipótese da incapacidade do paciente, conferindo eficácia ao exercício do mesmo. Havendo colisão entre uma DAV anterior do paciente e o mandato duradouro, prevalecerá a vontade do paciente já manifestada (FERNANDES, 2020).

Embora para Sá e Moureira (2015), as manifestações doutrinária, legal e jurisprudencial sejam incipientes no Brasil, pode-se legitimar as DAV como manifestação escrita, realizada por pessoa capaz que de forma livre e consciente determina suas escolhas, opções, desejos e preferências. Essas manifestações de vontade devem ser respeitadas quando o titular estiver incapacitado de se expressar. Trata-se de um negócio jurídico unilateral que pode ser revogado a qualquer tempo.

Em relação a capacidade do agente para dispor acerca das DAV, de acordo com o CC, no art. 1º, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Os absolutamente incapazes, são os menores de 16 anos (art. 3º CC), suprindo-se a incapacidade com a representação. Para os relativamente incapazes (art. 4º do CC), a lei civil exige um representante legal ou um assistente para representá-los nos negócios jurídicos. Para que o documento contendo as DAV não seja considerado nulo ou anulável, é exigida a capacidade do declarante devendo, para tanto, ser seguidas as normas de regramento do CC (PEIXOTO, 2018).

O respeito à autonomia do paciente em relação ao seu direito de decidir sobre os procedimentos médicos que quer ou não ser submetido foi contemplado através da Resolução nº 1.995 do CFM, que dispõe sobre como devem ser implementadas as DAV. Assim, cabe ao paciente aceitar ou recusar as intervenções médicas que possam afetar sua integridade corporal (LIPPMANN, 2013).

Ainda, de acordo com a Resolução citada acima, nas decisões acerca dos cuidados e tratamentos de pacientes que estão impossibilitados de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em

consideração suas DAV, bem como as orientações apresentadas pelo procurador de saúde, designado para esse fim. Importa ressaltar que as DAV do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

Para Godinho (2017), a regulamentação do instituto pelo CFM contribuiu de forma decisiva para despertar a atenção dos profissionais da medicina quanto aos problemas que derivam da terminalidade da vida, mas lamenta a inércia do legislador para disciplinar a matéria.

O CEM, Resolução nº 2.217/2018 do CFM, apresenta em seu art. 41, *caput*: é vedado ao médico abreviar a vida do paciente a pedido desde ou de seu representante legal. No parágrafo único, estipula que os casos onde o paciente apresentar doença incurável ou terminal, o médico deve oferecer os cuidados paliativos disponíveis, não empreendendo terapêuticas inúteis ou obstinadas, observando sempre a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, de seu representante legal (PEIXOTO, 2018).

Para Godinho (2017), o CEM não deixa dúvidas em relação a vedação da eutanásia, ou seja, o ato de abreviar a vida do paciente. A ortotanásia, por sua vez, passa a ser reconhecida como uma medida médica recomendável, visto que preconiza a adoção de cuidados paliativos que promovam o alívio e o conforto ao paciente em seus momentos finais, ao invés de se implementar procedimentos fúteis e extraordinários que não irão promover a cura da doença.

Ainda, de acordo com Peixoto (2018), a recomendação do art. 41º *caput* e parágrafo único do CEM permite compreender a legitimidade da ortotanásia ou morte digna, como sendo um direito do paciente terminal, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos princípios da bioética.

Tratando-se da legitimidade da ortotanásia, o CFM publicou em novembro 2006, a Resolução nº 1.805 que permitia ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que pudessem prolongar a vida do doente terminal acometido de doença grave e incurável, desde que respeitada sua vontade ou de seu representante legal. Embora seja uma norma que vincula apenas a classe médica, a sua aprovação gerou repercussões sociais, culminando com o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Distrito Federal contra o CFM em 9 de maio de 2007 (DADALTO, 2020).

Tratava-se de Ação Civil Pública ² nº 2007.34.00014809-30, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal contra o CFM, com pedido de antecipação de tutela, que requeria o reconhecimento da nulidade da Resolução nº 1.805/2006 e, alternativamente, a sua modificação para que fossem definidos os critérios para a prática da ortotanásia.

O MPF arguiu que o CFM não tem o poder para regulamentar e estabelecer uma conduta que é tipificada como crime; que o direito à vida é bem indisponível; que, em função do contexto socioeconômico do País, a ortotanásia poderia ser utilizada de forma indevida por familiares e médicos de pacientes do Sistema Único de Saúde e da iniciativa privada. Foi deferida tutela para suspender os efeitos da referida Resolução.

De acordo com Sá e Moureira (2015), o Juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal que deferiu a antecipação da tutela para suspender os efeitos da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, entendeu que se tratava da prática de homicídio por omissão e não exercício regular da medicina.

Citado, o CFM contestou argumentando que a resolução em questão não trata da eutanásia, tampouco da distanásia, mas da ortotanásia; a ortotanásia ocorre quando o evento da morte é certo, iminente e inevitável e está associado a comunidade médica mundial que trata da Medicina Paliativa; representa, assim, a possibilidade de proporcionar conforto ao paciente terminal, diante do evento da morte, tornando-a menos dolorosa e mais digna; a ortotanásia não é considerada crime; o direito à boa morte decorre do princípio da dignidade humana.

O MPF, por intermédio do seu Procurador Geral, emitiu um parecer solicitando a improcedência do pedido, visto que a Resolução não tratava da eutanásia, mas sim de ortotanásia, dispondo o CFM legitimidade para legislar a respeito da matéria. Requereu, ainda, a revogação da tutela antecipada que suspendeu os efeitos da Resolução (SÁ; MOUREIRA, 2015).

O Juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara Federal, acatou o parecer do MPF e julgou a ação improcedente, visto que não observou ilegitimidades na Resolução nº 1.805/2006 do CFM. Entendeu que a mesma não ofende o ordenamento

²Sentença da Ação Civil Pública nº 2007.34.000148093. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>>.

jurídico brasileiro. Revogou a tutela concedida anteriormente. Reconheceu a validade e a eficácia da ortotanásia.

A decisão proferida foi uma vitória importante para o CFM e, principalmente, para os defensores da ortotanásia, visto que não constitui crime. Sua prática deve ser incentivada nos casos de terminalidade de vida, fundamentada nos princípios da dignidade humana, da beneficência, não maleficência e da autonomia da vontade (PEIXOTO, 2018).

Para Sá e Moureira (2015), a Resolução nº 1.805/2006 reconhece a autonomia do paciente acerca da possibilidade de suspender tratamentos médicos. Assim, a decisão passa a ser do paciente e não do profissional médico. A obrigação do médico é informar e esclarecer o paciente sobre seu prognóstico, permitindo a busca de outros pareceres médicos e outras alternativas de tratamentos.

Peixoto (2018) afirma que o testamento vital ganhou força no meio jurídico, visto que a sentença judicial lhe garantiu o amparo legal, reconheceu sua licitude, sua validade e a eficácia do seu objeto manifestada na declaração de vontade. Faz-se uma relação com o art. 104 do CC que trata da validade do negócio jurídico, visto que foi confirmada a licitude do objeto.

No ano de 2012, mais precisamente em 31 de agosto, o CFM aprovou a Resolução nº 1.995, que dispõe sobre as DAV no Brasil, sendo a primeira regulamentação sobre o tema no país. O CFM pretendeu regulamentar o testamento vital, visto que a Resolução foi fundamentada na proteção da autonomia do paciente em fim de vida (DADALTO, 2020).

Mais uma vez, uma Resolução do CFM foi objeto de Ação Civil Pública. Ocorre que o MPF do Estado de Goiás impetrou a Ação Civil Pública ³ nº 103986.2013.4.01 alegando a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Resolução nº 1.995/2012 do CFM; questionou a manifestação de vontade externada pelo próprio paciente e a sua prevalência sobre os desejos dos familiares; que somente a União poderia dispor sobre as DAV; a omissão acerca de requisitos como o limite temporal de validade das diretivas, formas de revogação, critérios de participação da família e o instrumento utilizado para o registro; a necessidade da família influenciar na formação de vontade e fiscalizar seu cumprimento; prontuário médico seria instrumento inidôneo para o

³Sentença da Ação Civil Pública nº 103986.2013.4.01. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>>.

registro das DAV. Solicitou ainda a antecipação da tutela para suspender a aplicação da Resolução em todo o território nacional.

O CFM, por sua vez, contestou alegando que os Conselhos de Medicina possuem competência para tratar do exercício técnico e moral da medicina; as DAV objetivam o respeito à autonomia do paciente e fundamentam-se na dignidade humana; a capacidade de manifestação de vontade tem previsão nos artigos 1º ao 5º do CC; o ato de vontade não caduca pelo tempo, sendo o paciente livre para revogá-lo; na ausência das DAV, a família será ouvida; os pacientes podem expressar sua vontade em qualquer meio que tenha idoneidade e validade jurídica; o instituto já é adotado em vários países.

O Juiz Federal Substituto, Eduardo Pereira da Silva, julgou os pedidos improcedentes em 21 de fevereiro de 2014. Esclareceu que a Resolução não regulamenta apenas as DAV para pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia, mas, sim, para qualquer paciente que possa ficar incapacitado para expressar sua vontade; que, embora exista o vazio legislativo, as DAV não encontram vedação no ordenamento jurídico; que se faz necessário que o instituto venha a ser tratado pelo legislador a fim de fixar requisitos quanto à capacidade, forma, modo de revogação e eficácia da declaração; que a Resolução apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática do paciente externar a sua vontade;

Considerou, ainda, que a Resolução é compatível com o princípio da autonomia da vontade, da dignidade humana e a proibição de submissão de tratamento desumano e degradante; que os requisitos legais estão disciplinados no CC, tratando a declaração de vontade no art. 107; presente a capacidade civil o paciente poderá realizar sua declaração de vontade; a vontade do paciente deve prevalecer sobre a dos familiares, mas a família tem o direito de acesso a informações sobre o tratamento, podendo, inclusive, buscar em juízo tutela contra ato que viole a lei civil ou penal.

Nesse contexto, em relação à pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inserindo-se a palavra ortotanásia no campo de busca, surgem dois julgados; para testamento vital, apenas um resultado, sendo o mesmo da palavra ortotanásia; para DAV, nenhum resultado. Devido a quantidade de julgados ser limitada não foi estabelecido período para a realização da pesquisa de busca.

O primeiro caso julgado trata-se da Apelação Civil ⁴ nº 70042509562, julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível em 01 de junho de 2011. Trata-se de Apelação veiculada pela Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul quanto à sentença de indeferimento da petição inicial por ilegitimidade ativa, na ação cautelar de suprimento e vontade que havia sido movida contra o filho e o neto da paciente. A paciente estava internada com quadro de insuficiência renal grave, com consequências respiratórias (pré-edema de pulmão). O neto apresentou-se como responsável, sendo que havia indicação expressa dos médicos quanto a necessidade de realizar hemodiálise. Em seguida o filho apresentou-se, solicitando sua condição de responsável pela mãe, não autorizando a realização do procedimento, visto que esse era o desejo da sua mãe.

Diante da gravidade do quadro, o Ministério Público solicitou que o procedimento fosse autorizado. Os Desembargadores mantiveram a decisão de 1º Grau, visto que o Hospital não pode sobrepor-se à vontade da família, no caso do seu representante legal, para interferir de maneira gravosa na vida da paciente. Mesmo com a intenção de lhe aumentar o tempo de vida compreendeu-se que a mesma não

⁴Ementa: CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. **Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória.** No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível, Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em: 01-06-2011). Assunto: 1. A ORTOTANÁSIA NO PROJETO DO CÓDIGO PENAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 2. ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - AFPERGS 3. TRATAMENTO MÉDICO. HEMODIÁLISE. PACIENTE VONTADE. FALTA DE CONDIÇÕES DE MANIFESTAÇÃO. DIVERGÊNCIA FAMILIAR NO TOCANTE A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO. EFEITOS. 4. MEDIDA CAUTELAR. SUPRIMENTO DE VONTADE. PETIÇÃO INICIAL. REQUISITOS. 5. ESTATUTO DO IDOSO. NORMAS. 6. CASO DA AMERICANA TERRI SCHIAVO. EUTANÁSIA. 7. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 8. TRATAMENTO HOSPITALAR. 9. ORTOTANÁSIA. MORTE NATURAL SEM INTERFERÊNCIA DA CIÊNCIA. MORTE NO TEMPO CERTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 10. LEGÍTIMO INTERESSE. LEGITIMIDADE. 11. TRATAMENTO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. Referência legislativa: LF-8078 DE 1990 ART-14 CP-121 PAR-4 RESOLUÇÃO N.1805 DE 2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA LE-10241 DE 1999 (ESTADO DE SÃO PAULO) CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA ART-57. Jurisprudência: APC 70020868162

Referência Legislativa: LF-8078 DE 1990 ART-14 CP-121 PAR-4 RESOLUÇÃO N.1805 DE 2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA LE-10241 DE 1999 (ESTADO DE SÃO PAULO) CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA ART-57.

desejava passar por esse sofrimento, de acordo com a ementa do julgado apresentada na nota. O Tribunal foi unânime em respeitar a vontade da paciente e observar o disposto na sentença da Ação Civil Pública nº 2007.34.00014809-3, que legitimou a ortotanásia.

O segundo caso trata da Apelação Cível ⁵ nº 70054988266, julgada pela Primeira Câmara Cível em 20 de novembro de 2013. Refere-se ao caso de um paciente idoso que não aceitou a amputação do seu pé esquerdo já em estado de necrose. Entendeu-se que não seria lícito realizar a cirurgia mutilatória, mesmo que fosse para salvar sua vida. A apelação foi desprovida, visto que os desembargadores motivaram sua decisão no biodireito, na dimensão da ortotanásia, legitimada pela sentença da Ação Civil Pública nº 2007.34.00014809-3; no direito à vida garantido no art. 5º *caput* combinado com o princípio da dignidade da pessoa, ambos da CF/88; no direito à vida e não o dever à vida, de acordo com a CF/88, que não admite a obrigação de se submeter a tratamento ou cirurgia; na esfera infraconstitucional no art. 15 do CC; e para preservar o médico de eventual acusação de terceiros, o paciente fez o testamento vital, de acordo com a Resolução nº 1.995/2012.

Em pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir das palavras ortotanásia, testamento vital e DAV foram localizados quatro processos de

⁵**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da *ortotanásia*, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. **O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória.** Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013). Assunto: INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CIRURGIA. REALIZAÇÃO. PACIENTE. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. AMPUTAÇÃO. ***** NOTÍCIAS INFORMATIVO ELETRÔNICO: BIODIREITO; RIG MESMO SOB RISCO DE VIDA, PACIENTE NÃO É OBRIGADO A PASSAR POR CIRURGIA. Referência legislativa: CC-15 DE 2002 CF-5 DE 1988 CF-2 INC-III DE 1988 RESOLUÇÃO N.1995 DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Referência Legislativa: CC-15 DE 2002 CF-5 DE 1988 CF-2 INC-III DE 1988 RESOLUÇÃO N.1995 DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

jurisdição voluntária que buscam a ortotanásia, com o reconhecimento da validade para sua manifestação de vontade relacionada com a recusa de tratamentos fúteis para o fim de vida. Seria a judicialização do testamento vital (DADALTO, 2020).

Cita-se a Apelação ⁶ nº 1084405-21.2015.8.26.0100, julgada pela Segunda Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 14 de março de 2017, onde a autora busca o reconhecimento judicial para a sua manifestação de vontade. A magistrada indeferiu a inicial, visto que compreende como desnecessário o procedimento requerido, visto que é possível que a manifestação de vontade conste no prontuário médico de acordo com a Resolução nº 1.995/2012 do CFM, além da possibilidade de lavratura de escritura pública desse documento em Cartório Notarial (DADALTO, 2018).

Na Apelação ⁷ nº 1000938-13.2016.8.26.0100, julgada pela Sétima Câmara de Direito Privado, do mesmo Tribunal, em 10 de abril de 2019, a apelante arguiu o estabelecimento de limites à atuação médica futura, no caso de apresentar uma doença grave e incurável. Compreendeu-se que o procedimento pode ser realizado junto ao Cartório Extrajudicial, não necessitando da tutela do Judiciário para garantir a formalização da sua vontade.

Reportando-se a atuação médica diante das DAV, verifica-se a possibilidade, ainda que remota, do médico ser responsabilizado civil e criminalmente por vir a cometer a ortotanásia. De acordo com o CEM, em relação com a concepção de ortotanásia, verifica-se que não estão presentes na descrição da conduta os

⁶**Ementa:** JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DO DIREITO À ORTOTANÁSIA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – REMESSA À VIA EXTRAJUDICIAL OU ADMINISTRATIVA – NÃO CABIMENTO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. (TJ – SP- APL 1084405-21.2015.8.26.0100. Relator: Giffoni Ferreira, Data de Julgamento 14/03/2017, 2ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 15/03/2017).

⁷**Ementa:** JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. Diretivas Antecipadas de Vontade. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. **Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade.** Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido. (TJ – SP- APL 1000938-13.2016.8.26.0100. Relator: Mary Grün, Data de Julgamento 10/04/2019, 7ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 11/04/2019).

elementos configuradores da responsabilidade civil, ou seja, a culpa, o dano e o nexo de causalidade (PEIXOTO, 2018).

Ocorre que o CEM não regulamenta apenas a profissão, embora sem sanções e punições, mas também indica que o profissional é obrigado a respeitar o seu conteúdo. O CEM, além de regular o que é ético e moral na profissão, traz um viés administrativo (SALDANHA, 2017).

O CEM preceitua no Capítulo I, inciso XXII, que nas situações clínicas irreversíveis ou terminais, o médico evitará a implementação de procedimentos desnecessários para diagnóstico ou para terapia, e priorizará os cuidados paliativos aos seus pacientes.

Sá e Moureira (2015) esclarecem que a prática da eutanásia é condenada pelo CEM, de acordo com o art. 41, *caput*, onde é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido do mesmo ou de seu representante. Já em relação a distanásia, a mesma é desaconselhada, levando-se em conta os dizeres do art. 41, parágrafo único, onde em caso de doença incurável e terminal o médico deve oferecer os cuidados paliativos, não empreendendo em ações diagnósticas ou terapêuticas obstinadas ou inúteis, devendo observar a vontade expressa do paciente ou de seu representante, caso esteja impossibilitado.

Diante do testamento vital, o médico tem direito à objeção de consciência⁸ e de acordo com Dadalto (2020) o médico pode recusar a realização de atos, que embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (CEM, Capítulo II, inciso IX). Dessa forma, pode recusar-se a realizar a vontade do paciente, desde que essa objeção seja balizada por razões éticas, morais e religiosas, ou por outras razões de foro íntimo. O paciente deve ser encaminhado aos cuidados de outro profissional.

Quanto a responsabilidade civil médica, Nader (2016) aduz que é dever do médico informar o paciente em relação ao risco em que ficará exposto no caso de necessitar tratamento clínico ou cirúrgico. Faz-se necessária a implementação do consentimento livre e esclarecido, pois caso ocorra o descumprimento da obrigação acertada, o médico fica sujeito a responsabilidade civil. Fica igualmente sujeito se

⁸ O CFM emitiu a Resolução n.º 2.232/2019 que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Publicada no Diário Oficial da União em 16 de setembro de 2019.

realiza procedimentos sem o consentimento do paciente. Caso o médico opte por tratamento diverso do autorizado, ficará isento da responsabilidade civil se tiver agido em caráter de urgência justificada cientificamente.

Para Venosa (2020), o tratamento médico é alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de acordo com os termos do art. 2º, onde consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Assim, o médico ao prestar o serviço, coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º do CDC.

Nader (2016) enfatiza que os profissionais médicos, ao desempenhar a atividade na condição de profissionais liberais, respondem por culpa subjetiva, ou seja, por negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, o ordenamento jurídico apresenta duas disposições: o art. 14º, § 4º, do CDC, onde a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será verificada mediante a verificação de culpa, e o art. 951 do CC, que, além do disposto nos artigos 948, 949 e 950, aplica-se no caso de indenização devida por aquele que ao exercer suas atividades profissionais, por negligência, imprudência ou imperícia, vier a causar a morte do paciente, agravar o mal, causar lesão ou ainda, inabilitá-lo para o trabalho.

4.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO PORTUGUÊS

Reportando-se ao direito comparado, vigora na República Portuguesa desde 1910 o regime democrático de direito, sendo a Constituição a Lei suprema do país. O referido diploma consagra os direitos fundamentais dos cidadãos, dentre eles a dignidade da pessoa humana, determina as organizações políticas e define as funções do Estado.

Nesse sentido, fundamentado na dignidade da pessoa humana e objetivando implementar as DAV, foi apresentado no ano de 2006, o projeto de lei de autoria da Associação Portuguesa de Bioética, vindo a ser promulgado em julho de 2012. Resultou na Lei nº 25/2012 que passou a regulamentar as DAV no país, além de sugerir a criação de um registro nacional para as diretivas, demonstrando um grande avanço na operacionalização deste instituto (DADALTO, 2013).

Apresenta como definição das DAV, o disposto no art. 2º, nº 1, sob a forma de testamento vital: consiste num documento escrito por pessoa maior e capaz, diante

de autoridade pública ou de testemunhas, revogável a qualquer tempo, que contenha as declarações antecipadas de vontade em relação a tratamentos que deseja ou não receber diante de eventuais situações que possam torná-la incapaz de tomar decisões sobre si mesma (PEREIRA, 2014).

Devem ser formalizadas através de documento escrito e assinado presencialmente no notário, junto a um balcão do RENTEV. Ainda, para Silva (2016), o documento deverá conter a identificação completa, o lugar, a data e a hora da assinatura bem como o as opções relativas aos cuidados de saúde que pretende ou não receber, caso venha a tornar-se incapaz.

Ao regular as diretivas antecipadas de saúde, a lei portuguesa conceituou o testamento vital como uma espécie de contrato atípico, unilateral e revogável a qualquer tempo (PEIXOTO 2018).

Quanto à capacidade, a pessoa que pretende elaborar o documento das DAV deve contemplar três requisitos: deve ser maior de idade, não pode estar interdita ou inabilitada por doenças psíquicas e deve estar em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido acerca dos cuidados de saúde (SILVA, 2016).

Pereira (2014) explicita que, como alternativa ou cumulativamente, o paciente pode designar um procurador de cuidados de saúde que tomará as decisões em seu lugar. Entretanto, o funcionamento adequado desse instituto depende da interação prévia do paciente e o procurador, afim de que estejam claros os desejos, vontades e valores do paciente para situar o procurador numa determinada situação de incapacidade do paciente. Para a instituição do procurador de cuidados de saúde, devem ser obedecidos os mesmos requisitos formais requeridos para a elaboração do testamento vital, aplicando-se o art. 3º, nº 1, da Lei nº 25/2012. O documento deve ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário.

Ainda, as DAV são eficazes por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura, não ocorrendo a renovação automática do documento, mas apenas com a manifestação de vontade do outorgante (SILVA, 2016).

O mesmo diploma cria o RENTEV, que é uma base de dados com abrangência nacional, que centraliza e atualiza os testamentos vitais, possibilitando a sua consulta ao cidadão, ao procurador de saúde e a equipe médica responsável pela prestação dos cuidados de saúde. Tanto o registro no RENTEV como o registro das DAV,

possuem valor meramente declarativo, desde que formalizados de acordo com a lei (FERREIRA; NUNES, 2019).

O RENTEV passou a vigorar no dia 01 de julho de 2014, através da Portaria nº 96/2014, que regulamentou sua organização e funcionamento. Está a cargo do Ministério de Saúde Português, que disponibiliza um portal na internet, chamado de Serviço Nacional de Saúde⁹ - SNS 24. Esse serviço dispõe de orientações acerca do testamento vital, bem como de um modelo de formulário, que poderá ser preenchido, impresso e posteriormente entregue ao centro de saúde, num balcão RENTEV, próximo da área de residência do declarante (DADALTO, 2020).

De acordo com dados do Serviço Nacional de Saúde até o dia 18 de fevereiro de 2020, haviam 29.853 mil testamentos vitais ativos. Destes, 19.640 mil registros eram de mulheres enquanto que 10.213 registros eram masculinos. Quanto a faixa etária, o maior número de registros, para ambos os gêneros, situa-se entre os 65 a 80 anos, seguida da faixa etária entre 50 a 65 anos.

Segundo Dadalto (2020), a adesão do testamento vital pelos portugueses é muito aquém da expectativa do governo, visto que o esperado era de 20.000 registros nos primeiros seis meses de implementação do RENTEV. Dessa feita, foi recomendado ao Governo Federal, pela Assembleia da República, que fosse promovida uma campanha informativa de divulgação e incentivo ao registro do Testamento Vital, através da Resolução nº 33/2019. Para a autora, esses índices serão melhorados quando se investir em educação para a morte, visto que não basta, apenas, uma legislação.

Diante do apresentado, corrobora Silva (2016) ao expressar que a Lei nº 25/2012 reforça o direito à autodeterminação dos pacientes, como detentores dos direitos da personalidade. Dessa forma, podem decidir acerca dos cuidados de saúde que desejam ou não receber, desde que devidamente informados quanto as possibilidades de tratamento, visto que as DAV permitem uma reflexão acerca da vida e suas respectivas escolhas.

⁹Serviço Nacional de Saúde de Portugal. Disponível em <<https://www.sns24.gov.pt/servico/registar-testamento-vital/>>. Testamento Vital. Disponível em <https://servicos.min-saude.pt/utente/Repo/feeds/files/Rentev_form_v0.5.pdf>.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, a partir da análise realizada para a elaboração do presente trabalho, identificar e questionar a repercussão dos princípios do direito à vida e da autonomia da vontade na validade e eficácia do instituto das DAV, diante da ausência legislativa brasileira a respeito do tema.

Para tanto, elencou-se como hipótese principal que o direito à vida é um direito constitucional, garantido ao ser humano em todas as fases da sua existência, conjuntamente à autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, com o advento da problemática suscitada pelos casos de terminalidade da vida, passou-se a discutir acerca da possibilidade de elaborar-se um documento denominado DAV.

Através das DAV, o paciente pode externar sua vontade em relação a receber ou não determinado tratamento médico quando incapacitado de manifestar sua vontade devido ao acometimento por doença incurável. Protege-se a vida, evitando-se a distanásia, a obstinação terapêutica e os tratamentos fúteis, ainda que a morte possa ocorrer de forma mais precoce sem a aplicação desses procedimentos.

Elencou-se como primeira hipótese secundária que o direito à vida e o direito a uma morte digna, encontram-se fundamentados nos princípios constitucionais da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana, bem como nos princípios bioéticos da beneficência, não maleficência e justiça. Através da expressão da autonomia, o paciente manifesta suas preferências valorativas e declara sua vontade, de forma racional, no que compete a tratamentos destinados a si mesmo.

Enumerou-se como segunda hipótese que as DAV podem ser materializadas através da realização do testamento vital e do mandato duradouro. Para tanto, faz-se necessário a observância dos critérios trazidos no artigo 104 do CC, com o intuito de atentar para os possíveis vícios do negócio jurídico em questão.

Como terceira hipótese secundária, em decorrência da ausência de legislação específica que disponha acerca das DAV, no Brasil, essas encontram-se sob o manto dos princípios da autonomia da vontade, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88, além dos princípios bioéticos. Corroboram, ainda, os direitos personalíssimos, art. 11º do CC e a previsão do art. 15º do referido Código, que aduz que ninguém deve ser submetido a tratamento médico contra sua

vontade ou mediante risco de vida. Complementando a base legal, tem-se o respaldo da Resolução nº 1.995/2012 do CFM.

Verificou-se a admissão das hipóteses propostas no projeto inicial, mas com uma breve ressalva quanto a terceira hipótese secundária, visto que o instituto das DAV também é reconhecido pela Resolução nº 1.805/2006. A referida Resolução foi alvo da Ação Civil Pública nº 2007.34.00014809-3, sendo legitimada a ortotanásia perante os Tribunais.

Em relação à jurisprudência, visto da temática ser recente, não foram encontrados acórdãos relacionados ao instituto no Supremo Tribunal Federal e nem no Superior Tribunal de Justiça. No Tribunal de Justiça de São Paulo foram localizadas Apelações no sentido de judicializar o testamento vital, sendo o encaminhamento do Tribunal para que o mesmo fosse realizado pela via extrajudicial.

Em relação ao parecer favorável ao paciente, no julgado nº 70054988266, da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 de novembro de 2013, observou-se que os e os desembargadores motivaram sua decisão levando em conta: princípios do biodireito; a ortotanásia; direito à vida garantido no art. 5º *caput* CF/88 combinado com o princípio da dignidade da pessoa; o direito à vida e não o dever à vida, de acordo com a CF/88; o art. 15 do CC, na esfera infraconstitucional; e o testamento vital, realizado pelo paciente de acordo com a Resolução nº 1.995/2012.

Diante do apresentado, observa-se como unânime o entendimento dos Tribunais pesquisados em relação a temática das DAV, bem como com as sentenças relacionadas as Ações Cíveis Públicas que foram ajuizadas em desfavor das Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012, ambas do CFM.

Quanto a ausência legislativa, tramita no Senado Federal o Substitutivo do Projeto de Lei nº 149/2018 (ANEXO), que estabelece a possibilidade da pessoa maior e capaz, declarar, de forma antecipada, se quer ou não se submeter a tratamentos de saúde futuros, caso venha a ser acometido por doença grave ou incurável ou se encontre em fase terminal de vida. O projeto prevê a criação do RENTEV, semelhante ao existente em Portugal, para ser implementado até dois anos após a entrada em vigor da norma. Deverá ser interligado aos arquivos do Colégio Notarial, visto que profissionais e instituições de saúde poderão acessar os mesmos.

Apesar da ausência de norma legislativa acerca do instituto das DAV, observa-se que as Resoluções do CFM, tem contribuído de maneira significativa para a introdução das DAV no direito brasileiro.

Nesse sentido, a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia deu um passo muito importante em relação à autonomia do paciente. Objetivando que o instituto das DAV passe a ser mais conhecido e debatido entre profissionais da saúde e pacientes, a Comissão Permanente de Cuidados Paliativos criou o aplicativo Minhas Vontades¹⁰ que permite ao paciente registrar seus desejos e vontades em relação a sua saúde para posteriormente ser debatido com o geriatra. O documento também pode ser compartilhado com os demais profissionais que assistem sua saúde, bem como, com os responsáveis.

Observa-se que o instituto das DAV ainda é pouco conhecido pela população, mas que, aos poucos, vem ganhando força como uma ferramenta garantidora dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da autonomia da vontade. Nesse sentido, com o advento da pandemia decorrente do Covid-19, ocorreu um aumento da procura pelo registro das DAV, na forma de testamento vital nos cartórios. Segundo dados do Colégio Notarial, no período de janeiro a junho deste ano, foram lavradas 359 DAV no Brasil, sendo que, no mesmo período do ano passado, foram 217 DAV, um aumento de 65%. Os estados brasileiros que mais fizeram registros de DAV foram São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. A elaboração do documento tem um custo médio de R\$ 465,88 no Estado de São Paulo.

Embora sejam dados animadores, o custo para a elaboração das DAV é moderado, tornando o acesso difícil para a grande parte da população brasileira. De acordo com o Substitutivo do Projeto de Lei nº 149/2018, o acesso ao RENTEV será gratuito, tornando o acesso a esse instituto mais amplo de forma a contemplar a todos que desejam fazê-lo, assim como ocorre em Portugal.

Cabe aos operadores do direito atuar na busca da garantia de uma terminalidade digna para os pacientes, diante da materialização do testamento vital e/ou mandato duradouro. Espera-se que, em breve, o Brasil tenha a sua norma legislada, visto que o instituto das DAV, possui um caráter interdisciplinar, não sendo possível analisá-lo apenas sob o viés jurídico, mas deve-se estabelecer as relações

¹⁰Disponível em <<https://sbgg.org.br/aplicativo-minhas-vontades-uma-ferramenta-para-exercicio-de-autonomia-em-saude/>>.

com a bioética, com o biodireito e com a saúde, garantindo-se, assim, a dignidade que todos almejam.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Otávio Morato de. Status legal da eutanásia e ortotanásia no Brasil. **Revista da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 23, n. 47, nov./fev., 2020. Disponível em: <<http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/issue/view/15>>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 49-67, dez., 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Dez., 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, JAMES F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad.: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BORCHART, Carolina Bombonato; PRUDENTE, Amanda Juncal. A morte digna como direito fundamental. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 118 - 140, jul./dez., 2018.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.156 de 17 de novembro de 2016**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>>. Acesso em 24 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=368893>>. Acesso em 11 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1000938-13.2016.8.26.0100**. Jurisdição Voluntária. Diretivas Antecipadas de Vontade. Ortotanásia. Relator: Mary Grün, julgado em: 10 abr. 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697337255/apelacao-civel-ac-10009381320168260100-sp>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1084405-21.2015.8.26.0100**. Jurisdição voluntária. Pedido de reconhecimento judicial do direito à ortotanásia. Extinção sem julgamento do mérito. Remessa à via extrajudicial ou administrativa. Não cabimento. Garantia constitucional de acesso à justiça. Sentença anulada. Recurso provido. Relator: Giffoni Ferreira, julgado em: 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/438472673/apelacao-apl>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042509562**. Constitucional. Manutenção artificial de vida. Dignidade da pessoa humana. Paciente, atualmente, sem condições de manifestar sua vontade. Respeito ao desejo antes manifestado. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em: 01 jun. 2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925099914/apelacao-civel-ac-70042509562-rs/inteiro-teor>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70054988266**. Assistência à saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Relator: Irineu Mariani, julgado em 20 nov. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3**. Sentença. Relator: Roberto Luis Luchi Demo, julgado em 1º dez. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública nº 103986.2013.4.01**. Sentença. Relator: Eduardo Pereira da Silva, julgado em 21 fev. 2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 528**. Relator Ruy Rosado Tepedino. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso 11 abr. 2021.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. **Civilistica.com**, v. 7, n. 2, p. 1-16, out., 2018. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/363>>. Acesso: 09/10/2021.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M. Estudos sobre a morte, os mortos e o morrer**, v. 1, n. 2, p. 443-460, jul./dez., 2016. ISSN 2525-3050. Disponível em: <<http://seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8140>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Civilistica.com**, v. 2, n. 4, p. 1-9, fev., 2014. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/135>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 28, p. 61-71, mai., 2013. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/scielo.php?iso>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/SzZm7jf3WDTczJXfVFpF7GL/?lang=pt>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Alexandre Fernandez. **Direito Civil: direito das sucessões**. Caxias do Sul: Educs, 2020.

FERREIRA, Carla; NUNES, Rui. Testamento vital: verificação e compartilhamento de informações em um hospital português. **Revista Bioética**, Brasília, v. 27, n. 4, p. 691-698, dez., 2019. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandado Duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coords.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOUVÊA, Gisele Gomes; DEVAL, Rafael Antônio. O direito de morrer e a dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXII, n. 75, p. 51-58, mai./ago., 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.04.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

KOVÁCS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**, v. 22, p. 94-104, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/QmChHDv9zRZ7CGwncn4SV9j/?lang=pt>>. Acesso em 13 jul. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

LEITE, George Salomão. Bioética constitucional. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coords.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** - volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patricia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. ISBN 978-85-7983-660-2. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito e sua importância na pós-modernidade. **FMU Direito - Revista Eletrônica**, v. 25, n. 36, 2011. ISSN 2316-1515. Disponível em: <<http://189.d.181.205/index.php/FMUD/article>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Teoria da constituição e a constitucionalização dos direitos. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba, n. 26, 2006. ISSN 1516-3210. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/670/438>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MINAS GERAIS. **Lei n. 16.279 de 20 de julho de 2006**. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no Estado. Diário do Executivo, Belo Horizonte, 21 jul. 2006. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2008.

MONTEIRO, Renata da Silva; SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista de Bioética**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 86-97, jan./mar., 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/j9xLqRQmYnpQWPPn87QfZHh/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 06 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rui. Testamento Vital. **Nascer e Crescer Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto**. Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, dez., 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/scielo.php>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARANÁ. Assembleia Legislativa. **Lei nº 14.254 de 04 de dezembro de 2003**. Prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS e dá outras providências. Diário Oficial, Curitiba, 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003-parana>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

PEIXOTO, Alexandre Farias. **Testamento vital**: limites e possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba: CRV, 2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Diretivas antecipadas de vontade em Portugal. **JULGAR**, Número Especial, 2014. p. 287-304. Disponível em: <<http://julgar.pt/diretivas-antecipadas-de-vontade-em-portugal/>>. Acesso em: 09 out 2021.

PESSINI, Léo. **Eutanásia**. Por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.
PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

PESSINI, Léo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001.

PORTUGAL. **Lei nº 25, de 16 de julho de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PORTUGAL. Ministério da Saúde. Serviço Nacional de Saúde – SNS. **Registrar Testamento Vital**. Disponível em: <<https://www.sns24.gov.pt/servico/registar-testamento-vital/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

PORTUGAL. **Resolução da Assembleia da República n.º 33/2019**. Recomenda ao Governo que promova uma campanha informativa de divulgação e incentivo ao registo do Testamento Vital. Diário da República n.º 44/2019, publicado em 04 de marco de 2019. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/120454164/details/maximized>>. Acesso em: 10 out. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **A eterna busca da imortalidade humana**: a terminalidade da vida e a autonomia. *Bioética (Secções)*, v. 13, n. 2, p. 112-120, dez., 2005.

Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/112/116>.

Acesso em: 04 out. 2021.

RIBEIRO. Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte.

Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 1749-1754, 2006.

Disponível em: <<https://scielosp.org/pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia**. Aplicativo minhas vontades: uma ferramenta para exercício de autonomia em saúde.

Disponível em: <<https://sbgg.org.br/aplicativo-minhas-vontades-uma-ferramenta-para-exercicio-de-autonomia-em-saude/>>. Acesso em: 11 de out. 2021

RODRIGUES, Giovana Paola Batista. Viés Ético-Jurídico da recusa de tratamento e a importância dos cuidados paliativos. *In*: DADALTO, Lucina (coord.). **Cuidados Paliativos**: aspectos jurídicos. Indaiatuba: Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital**: aspectos controversos e a autonomia do enfermo. Curitiba: Juruá, 2017.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999**.

Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Diário Oficial, São Paulo, 18 mar. 1999. Disponível em:

<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>.

Acesso em 02 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr., 1998. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SILVA, Sandra Horta e. Diretivas antecipadas de vontade: análise prospectiva.

Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 76, p. 497-516, jan./dez., 2016.

Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2016/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: Grupo GEN, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do Ordenamento Jurídico Brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo do morrer. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coords.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil: direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: Grupo GEN, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: Grupo GEN, 2021.

VELASCO, Irineu Tadeu; RIBEIRO, Sabrina Corrêa da Costa. **Cuidados Paliativos na emergência**. Barueri: Manole, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEXO

ANEXO - Substitutivo do Projeto de Lei nº 149/2018

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Toda pessoa civilmente capaz tem o direito de, livre e conscientemente, manifestar sua vontade documentada acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais deseja ou não se submeter, e que terão validade apenas nas seguintes situações, atestadas por dois médicos diferentes:

I - doença terminal;

II - doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada;

III - estado vegetativo persistente.

§ 1º O maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos poderá manifestar sua vontade acerca do disposto no caput deste artigo por uma das formas explicitadas no art. 2º, mediante autorização judicial, pautada no devido processo legal, em que seja possível verificar o seu discernimento por meio de assistência psicossocial.

§ 2º Não será válida a manifestação de vontade, para efeito do disposto no caput deste artigo, realizada pelo portador de doenças psíquicas ou demência, ainda que em estado inicial.

§ 3º A manifestação de vontade acerca do disposto no caput deste artigo prevalecerá frente à vontade das demais pessoas envolvidas nos cuidados, inclusive familiares e equipe de saúde.

Art. 2º As diretivas antecipadas de vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançada ou degenerativa em fase avançada.

§ 1º São espécies de diretivas antecipadas de vontade:

I - testamento vital, assim considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nas situações previstas no caput deste artigo.

II - a procuração para cuidados de saúde, assim considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade nas situações previstas no caput deste artigo.

§ 2º O procurador para cuidados de saúde terá poderes para esclarecer a vontade do paciente e decidir diante de eventual lacuna quanto aos cuidados à saúde do paciente, devendo a sua vontade prevalecer sobre a vontade de familiares e equipe de saúde, caso haja dissenso entre eles.

§ 3º O procurador para cuidados de saúde não poderá ser o médico assistente ou que tenha prestado assistência técnica na elaboração das diretivas antecipadas de vontade, tampouco qualquer pessoa que tenha interesse econômico na preservação ou na abreviação da vida do outorgante, notadamente os herdeiros, legatários e beneficiários de seguros ou de assistência social.

Art. 3º A manifestação de vontade do declarante, ao elaborar as suas diretivas antecipadas de vontade, deverá explicitar os cuidados, tratamentos e procedimentos que aceita, sendo-lhe, porém, vedado:

I - recusar cuidados paliativos, notadamente quanto ao controle de sintomas;

II - realizar pedido de morte assistida;

III - realizar disposições de caráter patrimonial;

IV - manifestar-se acerca da autotutela e da tomada de decisão apoiada.

§ 1º No âmbito das diretivas antecipadas de vontade, o declarante poderá recusar cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde que tenham o objetivo de prolongar sua vida biológica, dentre outros, os seguintes:

I - reanimação cardiopulmonar;

II - respiração artificial;

III - nutrição e hidratação artificiais;

IV - internação em Unidade de Terapia Intensiva;

V - cirurgias que não tenham potencial curativo;

VI - diálise;

VII - quimioterapia e radioterapia;

VIII - antibióticos;

IX - demais cuidados, procedimentos e tratamentos sem potencial curativo.

§ 2º O declarante, em suas diretivas antecipadas de vontade, poderá:

I - manifestar-se acerca da doação de órgãos post mortem, com caráter vinculante.

II - solicitar alta hospitalar e assistência domiciliar para que possa chegar ao fim da sua vida no lugar que julgar mais adequado, podendo inclusive, escolher ir para sua casa.

III - dispor acerca de ritos fúnebres, cremação e enterro.

§ 3º No caso de gravidez, ficarão suspensos até o momento do parto os efeitos das diretivas antecipadas de vontade que conflitarem com o interesse de preservação da vida do nascituro.

Art. 4º Os documentos previstos no art. 1º podem ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, caso em que deverá ter duas testemunhas.

§ 1º Em nenhuma das formas previstas no caput deste artigo será necessário laudo médico ou psicológico acerca do discernimento do declarante, bastando que seja plenamente capaz, segundo os termos da lei civil, ressalvada a exigência de autorização judicial prevista no art. 1º, § 1º desta Lei.

§ 2º O declarante deve informar a seu médico de confiança, e a seu procurador, quando houver, acerca da elaboração desses documentos e solicitar que os anexe junto ao seu prontuário, por ocasião de eventual internação ou atendimento médico.

Art. 5º Ficará a cargo do Ministério da Saúde criar e regular o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV), no prazo de 2 anos após a entrada em vigor desta Lei.

§ 1º O RENTEV deve ser interligado aos arquivos do Colégio Notarial do Brasil.

§ 2º As instituições e profissionais de saúde terão acesso ao RENTEV mediante login e senha específicos e responderão nos termos da lei brasileira pelo uso indevido desses dados.

§ 3º O acesso ao RENTEV deve ser gratuito.

§ 4º As diretivas antecipadas de vontade realizadas antes desta Lei deverão, caso ainda não usadas, ser adaptadas às regras aqui previstas.

Art. 6º São deveres dos profissionais de saúde:

I - obedecer a vontade do paciente manifestada em suas diretivas antecipadas de vontade, quando as conhecer;

II - prestar informações técnicas aos declarantes, afim de muni-los de conhecimento acerca dos cuidados, procedimentos e tratamentos de saúde para que a decisão sobre as suas diretivas antecipadas de vontade seja livre e esclarecida;

III - utilizar a abordagem dos cuidados paliativos em todos os pacientes em fim de vida;

IV -prestar assistência emocional à família, auxiliando os familiares no reconhecimento do respeito à vontade do paciente;

V - reportar ao Ministério Público qualquer violação à vontade do paciente, seja ela resultante da família, do procurador, de seus colegas ou da instituição hospitalar;

VI - não realizar a obstinação terapêutica, entendida aqui como qualquer procedimento não curativo que viole a manifestação de vontade do paciente.

Art. 7º São direitos dos profissionais de saúde:

I - utilizar-se da objeção de consciência quando não concordar com os pedidos do paciente, devendo, nesse caso, encaminhá-lo para outro profissional;

II - fazer constar seu nome nas diretivas antecipadas de vontade quando prestar esclarecimentos prévios ao paciente para a elaboração desses documentos.

Parágrafo único. É lícito aos profissionais de saúde a não observância das diretivas antecipadas de vontade nas seguintes situações, com o devido registro no prontuário do paciente:

I - quando justificadamente não houver conhecimento de sua existência;

II - em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando o acesso a elas implicar demora no atendimento e, conseqüentemente, risco para a saúde ou a vida do declarante;

III - quando estiverem em evidente desatualização em relação ao progresso dos meios terapêuticos.

Art. 8º As diretivas antecipadas de vontade não deverão ser cumpridas quando:

I - o paciente as tiver revogado, de forma escrita ou verbal, desde que tenha discernimento para fazê-lo;

II - as disposições estiverem em desacordo com as normas éticas das diversas profissões de saúde que fazem parte da assistência ao paciente em fim de vida;

III - as disposições forem contrárias ao ordenamento jurídico vigente. Parágrafo único. Caso as hipóteses descritas nos incisos deste artigo apliquem-se apenas a determinadas cláusulas das diretivas, as demais permanecerão válidas.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação oficial.

Sala da Comissão,

Presidente Senadora

Lídice da Mata,

Relatora